Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Hohen Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Fritz Frank
Kammergerichtsreferendar

1933

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Referent: Herr Professor Dr. Erik Wolf.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät zu den darin ausgesprochenen Anschauungen nicht Stellung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543109_0116

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

1. Aufgabe und Methodik.
2. Praktische Bedeutung des Problems.
3. Geschichtlicher Rückblick.

1. Kapitel. Grundbegriffe.

§ 1. Das fortgesetzte Delikt und das Kollektivdelikt.

I. Ihre Unterscheidung.
II. Ihr Gemeinsames.

2. Kapitel. Die Identität der Tat im Verhältnis von Anklage und Urteil.

§ 2. Die Vorschrift des § 264 StPO.
§ 3. Ein Normalfall.
§ 4. Tat und „strafbare Handlung".
§ 5. I. Die Stellung des Reichsgerichts zum Begriff der Identität der Tat.
II. Belings Lehre vom hypothetisch angenommenen geschichtlichen Vorkommnis.
III. Zwei praktische Fälle, für die die unterschiedliche Auffassung bedeutsam ist.
§ 6. Die Lehre vom Prozeßgegenstand und der Begriff der Tat.
§ 7. Natürliche Handlungsmehrheit und materielle Handlungseinheit.
§ 8. Der zweite praktische Fall.
§ 9. Die Vorteile der gefundenen Ansicht.
§ 10. I. Durchbrechungen der materiellen Einheit durch gerichtliche Akte.
II. Einengung des Prozeßgegenstandes wegen rechtlicher Hindernisse der Aburteilung.
§ 11. Die Nachteile einer zu weiten Auslegung des Tatbegriffs.
§ 12. Welche Interessen werden bei der Identitätsfrage berührt?

3. Kapitel. Die Identität der Tat im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und neuer Anklage.

§ 13. I. Der Grundsatz ne bis in idem.
II. Liegt derselbe Tatbegriff wie im Kapitel 2 zugrunde?
§ 14. Abweichung in der rechtlichen Auffassung einer Tat, wie sie ein früherer Richter in einem rechtskräftigen Urteil gezeigt hat.

§ 15. Genügt die rechtskräftige Entscheidung auch nur über eine der Einzelhandlungen eines Gesamtdelikts, das als solches nicht erkannt war, um Rechtskraft bezüglich der gesamten Einheit zu begründen?
§ 16. Fälle der prozessualen Zerreissung.
§ 17. Rechtskräftige Freisprechung und rechtskräftige Verurteilung.
§ 18. Behandlung von Vorschlägen zur Umgehung unbefriedigender Ergebnisse.
4. Kapitel. Die Stellungnahme des Entwurfs.

Literaturverzeichnis.

Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin und Leipzig 1928.
„ Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.
„ Der amtliche Entwurf eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz, in DJZ. 1929 S. 1166.
Bennecke: Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1895.
Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Reichstrafprozeßrechts, 2. Aufl., Breslau 1900.
Berner, Alb. Friedr.: Non bin in idem i. G.A. Bd. III S. 472 ff.
Berner, Max: Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß, Leipzig 1891.
Binding: Handbuch des Strafrechts, 1. Bd. Leipzig 1885.
„ Das rechtskräftige Strafurteil in seinen strafprozessualen, strafrechtlichen und staatsrechtlichen Wirkungen, i. Rechtsgang Bd. II S. 1 ff., 1915.
Bockshammer: Ueber die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem, Diss. Stuttgart 1896.
Borgmann: Die Identität der Tat, Beitrag zur Lehre des Strafurteils, Diss. Göttingen 1891.
Doerr: Das fortgesetzte Delikt, GS. Bd. 71, Beilageheft, Stuttgart 1908.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch 4. Aufl., Leipzig 1929, zitiert = Leipziger Kommentar.
Ehrhardt: Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 49 Heft 214, Breslau 1926.
Eichhorn: Non bis in idem und das Reichsgericht, GS. 38 S. 461.
Farnbacher: Der Begriff des fortgesetzten Verbrechens, Diss. Erlangen 1896.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.
Geyer: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880.
Glaser: Handbuch des Strafprozeßrechts, 2. Bd. Leipzig 1885.
„ Das Verhältnis des Urteils zur Strafklage, GS. Bd. 36 S. 89.
Garraud: Traite théorique et pratique d'Instruction criminelle et de Procédure Pénale, tome VI, Paris 1929.
Grünhut: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926.
Hahn: Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, 3. Abt. 1880.
Hahne: Die Lehre von der Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Diss. Tübingen 1929.
Heffter: Non bis idem, Berlin 1873.
Heinrich: Verbrauch der Strafklage bei Urteilen über Kollektiv- und fortgesetzte Delikte, Diss. Jena 1930.
Heinsheimer: Inwiefern wird die Einheitlichkeit eines Kollektivdelikts durch zwischenliegende Strafentscheidungen unterbrochen? ZStW. Bd. 20 S. 564 ff.
v. Hippel: Deutsches Strafrecht, 2. Bd., Das Verbrechen, Berlin 1930.
Höpfner: Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 2. Bd., Berlin 1908.
John: Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Bd., Erlangen 1888.
Keller: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1882.
Kohlrausch: Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz, Diss. Greifswald 1899.
Kohlrausch-Mannheim: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Aufl., Berlin und Leipzig 1930.

Kohler: Begriff der fortgesetzten Missetat, G.A. Bd. 53 S. 153.
v. Kries: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.
Kroschel-Wolterring: Abfassung der Urteile in Strafsachen, 9. Auflage, Berlin 1925.
Küßner: Non bis in idem i. G.A. Bd. III S. 198 ff.
Lang: Die Rechtshängigkeit im Strafverfahren, Leipzig 1910.
Leloir: Code 'dInstruction criminelle, Paris 1898.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd. 26. Auflage, Leipzig 1932.
Keetsin Liu: Der Begriff der Identität im geltenden deutschen Strafrechtsprozeß, Diss. Breslau 1927.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Berlin 1929, zitiert = Löwe.
Meves: Das Urteil im deutschen Strafverfahren i. G.A. 36 S. 102 ff.
Mezger: Strafrecht, 2. Aufl. München und Leipzig 1933.
Mittermaier: Gutachten über § 300 StGB. i. ZStW. Bd. 21 S. 230.
Nickel: Der Begriff des fortgesetzten Delikts, in Untersuchungen zur deutschösterreichischen Rechtsangleichung, Bd. V, Leipzig 1931.
Oetker: Ne bis in idem, ein Rechtsgutachten, in Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern, 1911 S. 1 ff.
v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd. 11. Aufl. Berlin 1927.
Pfizer: Ne bis in idem, ein Rechtsfall in GS. Bd. 40 S. 335 ff.
Reiffel: Ne bis in idem, G.A. Bd. 42 S. 89 Bd. 44 S. 129.
Rosenfeld: Der Reichsstrafprozeß, Berlin 1912.
„ Deutsches Strafprozeßrecht, 2. Bd. 1926.
Rumpf: Der Strafrichter, Bd. 2 1912 und 1913.
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts. 2. Aufl. 1929.
„ Zum Streit um die materielle Rechtskraft i. Festg. für Richard Schmidt, Leipzig 1932 S. 308ff.
Schanze: Die Rechtskraft des Strafurteils, ZStW. Bd. 4 S. 468.
Schlosky: Verbrauch der Strafklage i. G. A. Bd. 71 S. 332.
Schwinge: Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung, ZStW. 1932 S. 203 ff.
Stenglein: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl. Stuttgart 1889.
v. Weber: Real- und Idealkonkurrenz im künftigen Strafverfahren, GS. Bd. 100 S. 228.
Münchner Juristische Studiengesellschaft, Vorschläge zu einem Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, München, 1922.
Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz, nebst Begründung, 1929.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Amtliche Sammlung (zitiert RG.).

Zeitschriften.

DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
G.A. = Archiv für Strafrecht, begr. von Goltdammer.
GS. = Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil- und Militärstrafrecht und Strafprozeßrecht, sowie die ergänzenden Disziplinen.
JW = Juristische Wochenschrift.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Einleitung.

Eine der ältesten, aber auch der wichtigsten Streitfragen des Strafprozeßrechts ist das Problem der Identität der Tat. Verwunderlich, weil doch die Frage, ob zwei oder mehrere begangene Taten identisch, dieselben sind, ein Laie ebenso gut zu entscheiden in der Lage sein müßte wie ein Jurist. Ja, die Schwierigkeit der Entscheidung über die Identitätsfrage wäre behoben, würde etwa der Satz gelten, mehrere Taten sind dieselben, wenn Identität bis zu jeder Einzelheit, also z. B. auch hinsichtlich Ort und Zeit gegeben ist. Ein solches starres Gesetz würde nicht gut zu heißen sein. Das wäre eine übersteigerte Identität, eine Kongruenz. Auch der Mathematiker spricht davon, daß Dreiecke Flächen gleich sind ohne vorauszusetzen, daß bei ihnen prima faciae schon zu erkennen ist, ob eine Gleichheit besteht. Für diese Untersuchung hat er Sätze aufgestellt, bei deren Gegebensein er die Gleichheit bejaht, ungeachtet, ob das Auge allein ebenfalls zu einer Bejahung käme.

Die Lösung für das Problem der Identität der Tat zu finden wird um so schwerer, je komplizierter die sich gegenüber stehenden Deliktstatbestände sind. Die Schwierigkeit erhöht sich insbesondere, wenn die Verbrechen, deren Identität zu erforschen ist, selbst wieder in einzelne natürliche Handlungen zerfallen, mögen sie sich auch juristisch in ihrer Gesamtheit uns als ein einziges Verbrechen darstellen. Hierzu rechnen das fortgesetzte und Kollektivdelikt, die im folgenden unter dem Gesichtspunkt der Identität der Tat betrachtet werden sollen.

1. Der Begriff der Tat findet im Gesetz keine Erklärung. Seine Bedeutung zu erfassen, ist Aufgabe der Wissenschaft.

Die Methode, dem Problem näher zu kommen, kann induktiv oder deduktiv sein, d. h. sie kann entweder von einer notwendigen, feststehenden Konsequenz zurückführen auf das allgemeine Prinzip oder von dem Allgemeingültigen auf das Besondere schließen.

Der gangbarste Weg scheint mir, die bisher gebildeten Ansichten über Bildung eines praktisch brauchbaren Tatbegriffs zusammenzustellen und aus ihnen weitere Schlüsse zu ziehen. Dabei braucht nicht das Ziel der Untersuchung eine schlagwortähnliche Definition zu sein, wie etwa „Tat“ = „historisches Vorkomm-

nis". Denn dann würde wieder die Frage auftauchen, was ist ein historisches Vorkommnis, wie ist es zu umgrenzen. Es sollen vielmehr die leitenden Gesichtspunkte herausgearbeitet werden, die für den Richter bei der Entscheidung über die Frage der Identität der Tat maßgebend sind.

2. Das Problem der Identität der Tat ist sowohl für das materielle Strafrecht bei der Frage „Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit?" als auch insbesondere für das Strafprozeßrecht bedeutend. Im Strafprozeß erlangt das Problem Bedeutung: A) für die Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil, B) für die Identität der Tat im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und neuer Anklage.

3. Der zweite Fall war längst bekannt, er ist in Gestalt des Satzes ne bis in idem rechtssprichwörtlich geworden. Das jüdisch-talmudische, das griechische, das römische, germanische, das kanonische Recht hatten diesen Gedanken mehr oder minder streng durchgeführt. Die Geschichte des Problems ne bis in idem ist ausreichend in der Literatur behandelt. Eine Verweisung sei deshalb an dieser Stelle gestattet[1]).

1. Kapitel. Grundbegriffe.

§ 1. Das fortgesetzte und das Kollektivdelikt.

Wenn im folgenden von der Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt gesprochen werden soll, so erübrigt sich eine ausführliche Behandlung der Begriffe fortgesetztes und Kollektivdelikt.

I. 1. Obwohl das Gesetz selbst das fortgesetzte Delikt nicht kennt, haben Theorie und Praxis den Begriff der im Fortsetzungszusammenhang begangenen Tat anerkannt. Wann aber im einzelnen der Fortsetzungszusammenhang anzunehmen ist und wann nicht mehr, ist strittig.

Es stehen sich vor allem zwei Ansichten gegenüber:

a) die des Reichsgerichts,

b) die in der Literatur herrschende Meinung.

ad a) Das Reichsgericht betont, wie bei der Lehre von der Teilnahme, die subjektive Seite. Es fordert für die Annahme eines fortgesetzten Delikts,

[1]) S. Berner, GA 3, 472 ff.; Borgmann, S. 1 ff.; Glaser, GS 36, 81; Küßner, GA 3, 198 ff. u. a.

α) daß alle Taten durch einen einheitlichen Vorsatz zusammengefaßt sind, der von vornherein auf den Gesamterfolg gerichtet war;

β) daß die einzelnen Deliktshandlungen gleichartig sind. Damit ist gemeint, die Handlungen müssen dasselbe Rechtsgut verletzen oder gefährden, ferner gegen dasselbe Strafgesetz verstoßen, gleichgültig, ob der Einzelakt von einem oder mehreren Strafgesetzen unter Strafe gestellt ist. Weiter muß es überhaupt möglich sein, das Rechtsgut „stoßweise" zu verletzen. Im ganzen gesehen, muß sich die Kette von Einzelakten als eine in sich abgeschlossene Handlung darstellen[1]).

ad b) Die in der Theorie vorherrschende Lehre stellt es lediglich auf objektive Gesichtspunkte ab, um das Vorliegen einer fortgesetzten Handlung zu bejahen. Aehnlichkeit der Begehungsart, Einheitlichkeit des Grunddelikts, Gleichartigkeit der Richtung gegen dasselbe Rechtsgut oder Interesse, angemessene zeitliche Folge, die eine fortlaufende Beziehung zwischen den Einzelakten erkennen läßt: diese äußeren Erkennungszeichen sind den Anhängern der zweiten Theorie für die Annahme des Fortsetzungszusammenhanges von Handlungen maßgebend.[2]).

Es ist nicht Sinn dieser Arbeit, zu den Anschauungen Stellung zu nehmen.

2) Beim Kollektiv- oder Sammeldelikt handelt es sich wie beim fortgesetzten auch um eine Reihe von Einzelhandlungen. Diese Einzelhandlungen müssen jedoch ein und derselben Willensrichtung entspringen. Hierher gehören:

a) das gewerbsmäßige Verbrechen,
b) das geschäftsmäßige Verbrechen,
c) das gewohnheitsmäßige Verbrechen.

Das geschäftsmäßige Verbrechen ähnelt dem ersteren deshalb, weil es wie das gewerbsmäßige auf wiederholte Begehung hinzielt. Der gewerbsmäßige Verbrecher beabsichtigt aber, durch die wiederholte Begehung sich eine Erwerbsquelle zu verschaffen, während der geschäftsmäßige Verbrecher sich mit der Absicht begnügt, die Handlung wiederholt zu begehen.

Das gewohnheitsmäßige Verbrechen setzt eine Neigung, einen Hang des Täters zu weiterer Begehung des Verbrechens voraus, der aus öfterer Begehung entstanden ist.

---

[1]) vgl. RG 41, 102; 48, 186; 51, 308; 55, 134.

[2]) vgl. Mezger, S. 466; Frank, S. 240 und die dort zitierte Literatur.

Dies der Unterschied zwischen dem fortgesetzten und dem Kollektivdelikt.

II. Beiden Instituten des materiellen Rechts: dem von der Wissenschaft und Praxis gebildeten Begriff der fortgesetzten Straftat und dem gesetzlich anerkannten, wenn auch nicht definierten Begriff des Sammeldelikts ist das Charakteristikum einer durch früheres Handeln auch für spätere Handlungen erlangten Disposition gemeinsam. Mehrere Tätigkeitsakte, die, jeder für sich allein betrachtet, denselben Straftatbestand erfüllen, sind zu einer Einheit im Rechtssinn verbunden. Beim fortgesetzten Delikt durch das Band der Gleichartigkeit der Einzelhandlung, zu der nach Ansicht des Reichsgerichts die Einheitlichkeit des Vorsatzes noch hinzutreten muß, beim Kollektivdelikt durch das der einheitlichen, auf eine dauernde Erwerbsquelle hinzielenden Absicht oder die bloße Absicht der Begehung oder schließlich die Gewöhnung [1]).

Diese innere Verwandtschaft der zwei Deliktsarten gestattet vorwiegend auch eine gleiche Behandlung bei der Identitätsfrage. Es sei in solchen Fällen, in denen eine Entscheidung für beide zutrifft, der Gebrauch eines Oberbegriffs „Gesamtdelikt" erlaubt. Wo eine Sonderbehandlung erforderlich erscheint, wird die Teilung der Begriffe vorgenommen werden.

[1]) So h.L. RG 34, 320; 42, 373; 47, 400; 51, 241. Ebermayer S. 83. Max Berner S. 99.

Zweites Kapitel.

Die Identität der Tat im Verhältnis von Anklage und Urteil.

§ 2. Sedes materiae für die Frage der Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil und auch im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und neuer Anklage ist neben § 155 die Vorschrift des § 264 StPO. Diese lautet: „Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt.

Das Gericht ist an die Beurteilung der Tat, welche dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zugrunde liegt, nicht gebunden".

Die Grundlage der Hauptverhandlung und des Urteils bildet der Eröffnungsbeschluß. Er ergeht — nach § 203 StPO. — gemäß der von der Anklagebehörde bei dem erkennenden Gericht eingereichten Anklageschrift.

Wenn nun § 264 vorschreibt, Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der „Anklage" bezeichnete Tat, so herrscht dennoch darüber Einigkeit[1]), daß sich der Gesetzgeber im Ausdruck hier vergriffen hat und statt der Anklage der Eröffnungsbeschluß gemeint ist. Er allein wird auch bei Beginn der Hauptverhandlung verlesen, begründet grundsätzlich die Rechtshängigkeit und bindet die Staatsanwaltschaft an ihre Anklage.

In der erwähnten Vorschrift des § 264 kommt zum Ausdruck, daß das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung sich nicht auf die Angaben zu beschränken braucht, die die Anklagebehörde in ihrer Anklageschrift vorgebracht hat, sondern daß es Aufgabe der Verhandlung ist, die wirklichen Tatumstände zu ergründen, um sie dann zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen. Das Gesetz will einerseits den Ankläger von der Aufgabe befreien, die begangene Tat in ihrer Gesamtheit in der Anklage schon zu erschöpfen, andererseits der Urteilsbehörde als Folgen der Instruktionsmaximen in der Auffassung und Behandlung der Tat freie Hand lassen. Der Richter soll sich aber wiederum nicht völlig nach seinem Ermessen von der in der Anklage bezeichneten Tat abkehren dürfen wegen des Rechtsschutzes des Angeklagten, und um den Einfluß der Staatsanwaltschaft nicht auszuschalten.

§ 3. Wenn nun das Verhältnis zwischen Eröffnungsbeschluß und Urteils untersucht werden soll, mag zur näheren Erläuterung

[1]) Vgl. Kohlrausch-Mannheim zu § 264 Anm. 2. RG 3, 407; 4, 193; 59, 360.

ein einfacher praktischer Fall, ein Normalfall herangezogen werden.

1. Angenommen, gegen den X ist wegen eines Gesamtdelikts (fortgesetzten oder Kollektivdelikts) A Anklage erhoben. Im Eröffnungsbeschluß sind drei Einzelakte a, b, c aufgeführt. Während der Verhandlung stellt sich heraus, daß X noch einen weiteren Einzelakt d begangen hat.

Besteht Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß, der die Einzelakte a, b, c des Gesamtdelikts A enthält, und Urteil, das $a + b + c + d = A$ erfassen will?

Wohl gebietet die StPO. die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt, zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen, nicht aber gibt sie Auskunft, wie weit der Begriff der Tat reicht. Um im obigen Fall den Einzelakt d mit den übrigen Einzelakten a, b, c als Tat zusammenschließen zu können, ist die Beantwortung der Frage wichtig, was berechtigt uns, diese Mehrheit von Umständen, a, b, c, d als ein einziges Geschehnis, als „die Tat" anzusehen.

2. Das materielle Recht gibt die Antwort. Es zwingt, eine Mehrzahl von Begebenheiten in einem Ganzen aufgehen zu lassen. Das materielle Recht gibt Auskunft, wann mehrere Einzelakte, mehrere stoßweise Verwirklichungen des Gesamtdelikts, strafrechtlich als ein Ganzes, als eine einzige Straftat, zu würdigen sind. Zur Durchführung der Vorschriften des materiellen Rechts dient ein Gesetz, das formelle Anleitungen über das Vorgehen gegen den Täter gibt. Das Primäre ist also das materielle Recht, das Sekundäre das Prozeßrecht. Daraus folgt weiter, daß das Zweite grundsätzlich dem Ersten sich anzupassen hat. Wenn daher das materielle Recht Deliktseinheit annimmt, darf sich das Prozeßrecht nicht berechtigt glauben, diese vorgeschriebene Einheit zu negieren und die gebotene Zusammenfassung wieder zu zerlegen und nur Teile einer einzigen Straftat aburteilen. Liu[1]) nennt das den „Rechtsanwendungsimperativ", den das materielle Recht an den Richter ergehen läßt.

In welcher Weise die Zusammenfassung zu geschehen hat, wo die Grenzen der Identität der Tat liegen, und wie sie festgelegt werden können, ist strittig.

§ 4. Ist in der StPO. eine Erklärung des Ausdrucks Tat nicht zu finden, so liegt es nahe, den strafprozessualen Begriff Tat mit dem materiellen Begriff „Handlung" des StGB. in Beziehung zu setzen.

[1]) S. 58.

Daß das Gesetz aber „strafbare Handlung“ und „Tat“ als zwei identische Begriffe ansehen will, ist aus folgenden zwei Gesichtspunkten heraus schon abzulehnen:

Einmal war sich der Gesetzgeber bei Inkrafttreten der StPO. längst über den Begriff der strafbaren Handlung des viel früher entstandenen StGB. im klaren. Es hätte dann der § 264 (damals § 263) formuliert werden müssen: Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Handlung, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Die StPO. hat aber bewußt und wohl gerade zur Unterscheidung den undefiniert gebliebenen Ausdruck Tat gewählt[1]).

Ferner wäre durch diese Formulierung dem in § 265 kundgetanen Willen des Gesetzgebers widersprochen; denn stellte sich etwa in der Verhandlung heraus, daß eine Bestrafung des wegen fortgesetzten Diebstahls angeklagten X nach § 242 StGB. entfällt, da die Sachwegnahme fehlt, der objektive und der subjektive Tatbestand der Unterschlagung aber gegeben sind, so müßte bei Identifizierung der Begriffe Tat und Handlung gemäß dem so aufgefaßten § 264 Freisprechung erfolgen, eine Folge, die dem Sinn des § 265 gerade entgegensteht.

Schließlich würden bei einer Gleichsetzung der Begriffe Tat und Handlung der Gegensatz der Fälle des § 265 und der des § 266 nicht zum Ausdruck gelangen, die der Gesetzgeber aber scharf unterscheiden wollte.

Auch das Reichsgericht[2]) bekennt sich eindeutig zu der Ansicht, daß „der verfahrensrechtliche Begriff der Tat mit dem sachlichrechtlichen der Handlung im Sinne der §§ 73, 74 StGB. nichts gemein hat“. Es ist dem Reichsgericht m. E. aus obigen Gründen zuzustimmen. Der Gesetzgeber hat mit Recht einen vollkommen neutralen Ausdruck im § 264 gewählt. Er hätte ebenso gut von einem Geschehnis oder Vorkommnis sprechen können. Denn ob die Tat des Angeklagten sich als eine strafbare Handlung, als etwas strafrechtlich Relevantes und Einheitliches darstellt, soll die Untersuchung in der Hauptverhandlung ergeben. Erst dem Richter obliegt es, das „factum“ Tat strafrechtlich zu einem „crimen“ zu gestalten und als solches einzuordnen, „aus einem verworrenen Ausschnitt des Rechtslebens die gereinigten Rechtsmonaden als wirkliches Recht herauszuheben“[3]).

---

[1]) Vgl. Bockshammer S. 10; Meves S. 109.

[2]) RG 61, 317.

[3]) Sauer, Zum Streit... S. 328.

Der Ausdruck Handlung als Tat ist daher zu vermeiden. Die StPO. hat ihn zur Unterscheidung von der strafbaren Handlung im Sinne des StGB. mit Bedacht nicht gebraucht.

§ 5. Welche Stellung nimmt nun das Reichsgericht zum Begriff der Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil ein?

I. Bei der Untersuchung der reichsgerichtlichen Judikatur stellt sich heraus, daß unter den bedeutenden Entscheidungen über das Problem der Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt sich wenig Fälle befinden, die die Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil behandelt. Vielmehr ist die Frage in einer Anzahl Entscheidungen enthalten, die sich über den Verbrauch des Strafklagerechts, über ne bis in idem, aussprechen.

Aber auch aus ihnen läßt sich die Stellung des Reichsgerichts zur Frage der Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil herleiten. Kehren wir zu unserem Normalfall zurück, in dem wegen eines Gesamtdelikts A gegen den X Anklage erhoben worden war, der Eröffnungsbeschluß die Einzelakte a, b, c = A aufgeführt hatte, und während der Verhandlung der weitere Einzelakt d sich herausstellte. Dem Reichsgericht liegt dieser Fall folgendermaßen zur Behandlung vor: X ist wegen des Gesamtdelikts A verurteilt. Nach Rechtskraft des Urteils tritt der Einzelakt d zu Tage, der mit a, b, c materiell-rechtlich eine Einheit bildet. Nun wird der Zweitrichter, der auf Grund der Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft tätig wird, vor die Frage gestellt, ob nicht der anerkannte Grundsatz ne bis in idem die Verurteilung wegen des dem Gesamtdelikt A unterfallenden Einzelakts d verbietet.

In ständiger Rechtsprechung vertritt das Rechsgericht beim fortgesetzten [1]) wie auch beim Kollektivdilekt [2]) die Ansicht, der Zweitrichter dürfe nicht noch einmal aburteilen. Uebertragen auf das Problem der Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil erklärt das Reichsgericht entsprechend: Liegt ein Gesamtdelikt zur Aburteilung vor, so hat der Richter festzustellen, ob der neu zu Tage getretene, vom Eröffnungsbeschluß nicht erfaßte Einzelakt eine selbständige Straftat darstellt oder der Kette der dem Eröffnungsbeschluß bekannten Einzelakte als Partikel zuzurechnen ist [3]). Ist die im Eröffnungsbeschluß nicht erwähnte Ein-

[1]) RG 9, 344; 32, 57; 51, 253; 62, 132; Recht 1923 Nr. 586.
[2]) RG 7, 32, 229; 28, 283; Recht 1923 Nr. 385.
[3]) RG 57, 22.

zelhandlung nur ein Glied des Gesamtdelikts, so ist der Richter berechtigt und verpflichtet, sie zum Gegenstand der Verhandlung und Urteilsfindung zu machen. Dabei läßt es das Reichsgericht dahingestellt, ob bei einem Kollektivdelikt die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit Tatbestandmerkmal oder Strafverschärfungsgrund ist[1]).

Das Reichsgericht erfordert zum Begriff der Identität der Tat, daß Eröffnungsbeschluß und Urteil denselben geschichtlichen Vorgang betreffen. Als Tat im Sinne des § 264 versteht es aber nicht nur das einzelne, im Eröffnungsbeschluß hervorgehobene, geschichtliche Vorkommnis, sondern die gesamte Tätigkeit des Angeklagten, soweit sie mit diesem Vorkommnis einen einheitlichen Vorgang bildet. Diesen ganzen Vorgang in solchem Fall der Urteilsbildung zugrunde zu legen, sei Recht und Pflicht des Gerichts[2]).

Soweit diese Lehre des Reichsgerichts den obigen Normalfall betrifft, ist ihre Richtigkeit allgemein anerkannt und auch zu billigen. Denn mag der neu in der Hauptverhandlung hervorgetretene Einzelakt rein natürlich eine selbständige Handlung verkörpern, so ist er doch rechtlich als unselbständiger Teil des Gesamtdelikts zu behandeln und mit einzubeziehen in die schon bekannten Glieder des Gesamtdelikts, das Gegenstand der Urteilsfindung ist.

II. Die Erklärung des Reichsgerichts „Tat als historischer Vorgang" ist in der neueren Zeit insbesondere von Beling bekämpft worden, dessen Lehre die Tat als hypothetisch angenommenes Vorkommnis ansieht. So unscheinbar der Unterschied der Anschauungen bei Betrachtung der beiden Definitionen auch anmutet, so bedeutend ist aber der Gegensatz in der Praxis.

Seine Bedeutung mag an Hand der folgenden zwei wichtigen Fälle vor Augen geführt werden:

III. 1. Gegen X ist Anklage erhoben wegen einer fortgesetzten Straftat A, die sich nach dem Eröffnungsbeschluß aus den Einzelakten a, b, c zusammensetzt. In der Hauptverhandlung ergeben sich jedoch nicht a, b, c, sondern d, e, f als strafbare Einzelakte des fortgesetzten Delikts A.

2. Gegen X ist Anklage erhoben wegen gewerbsmäßiger Abtreibung in drei Fällen, a, b, c. Die Hauptverhandlung ergibt, daß X zwar zur Zeit der Begehung dieser drei Abtreibungsfälle gewerbsmäßig abgetrieben hat; jedoch hier gerade, bei a, b, c ohne die den Tatbestand der Gewerbsmäßigkeit erfüllende subjektive Einstellung, aus Gefälligkeit unentgeltlich.

---

[1]) RG 7, 34; 47, 400. S. dazu auch John, S. 286; Eichhorn GS 38, 435.
[2]) RG 24, 370; 51, 128.

Liegt Identität der Tat vor? Darf der Richter die jeweils in der Hauptverhandlung hervorgetretenen Einzelakte des Gesamtdelikts zum Gegenstand der Urteilsfindung machen, ohne den Weg über § 266 StPO. einschlagen zu müssen?

Im vorliegenden Fall 1 verneint das Reichsgericht die Identität der Tat[1]). Das Reichsgericht geht bei seiner Begründung davon aus, daß Voraussetzung für die Annahme einer fortgesetzten Straftat das Vorliegen einer Straftat überhaupt sei. Nur das wirkliche Vorhandensein von strafbaren Einzelhandlungen ermögliche die Begründung der Deliktseinheit und die Bildung des Rechtsbegriffs der fortgesetzten Straftat. Eine Mehrheit nicht strafbarer Einzelakte sei für den Strafrichter etwas völlig Unbeachtliches, da diese ja weder für sich allein noch mit anderen verbunden zu einer fortgesetzten Straftat führen könne. Deshalb seien für den Begriff der fortgesetzten strafbaren Handlung nur die Einzelakte bedeutend, die entweder den Tatbestand einer strafbaren Handlung bereits erfüllt hätten, oder bei denen es zumindest bis zu einem strafbaren Versuch gekommen sei. Das Reichsgericht steht also auf dem Standpunkt:

Ist wegen eines Gesamtdelikts Anklage erhoben, so sind nur die im Eröffnungsbeschluß aufgezählten Einzelakte, die sich als strafbare Handlungen herausstellen, Gegenstand der Urteilsfindung. Alle übrigen Einzelakte scheiden als Gegenstand der Untersuchung aus. Erweisen sich nun sämtliche im Eröffnungsbeschluß genannten Einzeldelikte als nicht strafbar, so liegt kein „historisches Vorkommnis" vor, es ist in Wirklichkeit an juristisch Erheblichem „geschichtlich nicht vorgegangen". Die prozessuale Tateinheit kann nach Ansicht des Reichsgerichts nicht dadurch begründet werden, daß die vom Eröffnungsbeschluß erfaßten nicht historischen Geschehnisse, wenn sie historisch wären, mit den übrigen wirklich historischen, aus der Verhandlung sich ergebenden Vorkommnissen eine Deliktseinheit bilden würden. Nichthistorische, d. h. nicht vorgekommene Geschehnisse, könnten nicht einmal selbst mit historischen eine materielle Einheit werden.

Und auf derselben Linie liegt die Lösung des Reichsgericht bei Fall 2)[2]):

Fehlt das einheitliche Band der Gewerbsmäßigkeit, das beim Kollektivdelikt wegen ihrer einheitlichen Willensrichtung den Gesetzgeber dazu veranlaßt hat, die Sammelstraftat als Einheit zu

[1]) RG 24, 420; 47, 399.
[2]) RG 23, 232; 66, 19 = JW. 1933, 457; zustimmend OLG Dresden in JW 1930, 954.

betrachten, so stehen die Einzelakte auch rechtlich als selbständige Handlung da, wenn und soweit das einigende Band entfällt. Das Reichsgericht gelangt im Falle 1) zur Freisprechung, im Falle 2) bleibt es dem Richter überlassen, wegen selbständiger Delikte der einfachen Abtreibung zu bestrafen.

Beling charakterisiert — wenigstens zu Fall 1) [1]) — die Ansicht des Reichsgerichts als eine „schrittweise Bildung des Prozeßgegenstandes". Stellte sich wenigstens einer der drei im Eröffnungsbeschluß genannten Einzelfälle als strafbar heraus, so würde das Reichsgericht zweifellos (s. Normalfall) den Richter für berechtigt und verpflichtet halten, an dem einen Punkt festhaltend, das ganze geschichtliche Vorkommnis auf noch weitere ihm zugehörige Einzelakte hin zu untersuchen. Das Fehlen eines solchen Stützpunktes macht es dem Gericht aber unmöglich, nach weiteren Einzelakten auszuschauen.

Beling geht bei seiner Lehre davon aus, daß der Tatbegriff der StPO. als Aufgabe für Untersuchung und Entscheidung nicht mit der strafbaren Tat zu identifizieren sei, sondern nur mit der hypothetisch strafbaren, der als strafbar in Betracht kommenden Tat. Dabei bleibe es gleichgültig, ob die in der Anklage bezeichnete Tat selbst historisch gewesen, denn Aufgabe und Sinn des Prozesses sei ja die Ermittlung der geschichtlichen Wirklichkeit. „Es sind der in der Klage bezeichneten Einzelhandlung alle im Fortsetzungszusammenhang mit ihr stehenden ohne Rücksicht darauf hinzuzudenken, ob jener Urbestandteil des Ganzen, und ob die dazu hinzukommenden überhaupt geschichtlichen Vorkommnisse und ob sie strafbar sind. Ob alle so gesammelten Bestandteile des hypothetisch „Ganzen" strafbar, ob keiner von ihnen strafbar, ob einige strafbar, ob andere es nicht sind, ist eine Frage, die nicht die Erfassung des Gegenstandes ist, über den zu urteilen ist, sondern die erst den Inhalt des Sachurteils angeht".

Auf den Widerspruch, der darin liegt, daß das Reichsgericht im Normalfall, also bei Verurteilung wegen eines Gesamtdelikts nicht gleichzeitig wegen einzelner nicht strafbarer Einzelakte freispricht, da es doch auch im vorliegenden Fall zur Freisprechung gelangt, macht mit Recht Mannheim [2]) aufmerksam. Denn wenn nur strafbare Handlungen gedanklich Teile einer fortgesetzten Handlung sein können, so müssen doch die als nicht erwiesen ausgeschiedenen Teilakte als selbständige Handlungen angesehen und

[1]) JW. 1931, 217; ähnl. schon JW. 1925, 1010.
[2]) JW. 1929 S. 1053 mit Verweisung auf Löwe 7a zu § 260, RG 39, 146; JW. 1927, 2219.

durch Freisprechung erledigt werden. Diese Forderung lehnt das Reichsgericht mit Recht ab. Also müßte es den Ausgangspunkt preisgeben.

§ 6. Die Entscheidung, die die Identität der Tat im Fall 1 bejaht, ist m.E. richtiger. Diese läßt sich auch finden, wenn man die allgemein wenig beachtete Lehre vom Prozeßgegenstand zum Ausgangspunkt seiner Betrachtungen nimmt. Mit einer Definition „Tat" gleich „Prozeßgegenstand" ist aber ebenso wenig geholfen, wie mit der Erklärung: „Tat" gleich „historisches Vorkommnis", da die für „Tat" gefundenen Werte stets weiterer Erklärung bedürfen und keine Grundbegriffe bilden.

Der Prozeßgegenstand wird von Sauer definiert als eine individualisierte oder individualisierungsfähige Rechtssache, die prozeßrechtlich gestaltet werden kann, eine solche, die Gegenstand eines Sachurteils werden kann[1]). Die genauere Idividualisierung selbst ist nun Aufgabe des Prozeßes. Dessen Voraussetzung ist „ein der Idividualisierung fähiges Objekt". Die konkrete Tat soll sich also erst im weiteren Verlauf als das Objekt herauskristallisieren.

Der Eröffnungsbeschluß zeigt dem Richter, was Gegenstand des procedere, des Vorgehens gegen den Täter ist. Diesem bezeichneten Prozeßgegenstand gilt die Prüfung und Entscheidung des Richters. Mit seiner Bezeichnung ist die richterliche Aufgabe umrissen, d. h. alle tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen innerhalb des gegebenen Rahmens des Prozeßgegenstandes laufen der Vorschrift des § 155 StPO. nicht zuwider. Die Einzelakte, wegen derer angeklagt ist, gleichgültig, ob sie nun gerade straffrei sind oder nicht, dienen ebenso wie strafbare, den Rahmen des Prozesses entstehen zu lassen. Nur auf Grund hinreichender Verdächtigung (§ 203 StPO.) beschließt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens. Inwieweit der Verdacht in Wirklichkeit begründet ist, soll das Hauptverfahren mit seinen Machtmitteln zur Erforschung der Tat erst ergeben. Wie es also innerhalb des Rahmens aussieht, ob und wieviele strafbare Einzelakte sich in ihm befinden, dem materiellen Gehalt des Prozeßgegenstandes, wendet sich das Gericht dann in der Hauptverhandlung zu. Das Reichsgericht hat erst wieder in einer neueren Entscheidung[2]) zugegeben, daß die in der Anklage bezeichnete Tat nicht eine bestimmte strafbare Handlung im Sinne von § 74 StGB. sei, sondern ein irgendwie abgegrenzter geschichtlicher Sachverhalt, dessen

[1]) Sauer, Grundlagen, S. 193

[2]) GA. 73, 109.

strafrechtliche Beurteilung in der Anklage nur eine vorläufige ist, und endgültig erst auf Grund der Hauptverhandlung ermittelt werden soll.

Selbstverständlich können im Urteil und bei der Strafbemessung nur solche Einzelakte Bedeutung erlangen, die etwas strafrechtlich Relevantes darstellen. Aber zu Recht weist Mannheim [1]) darauf hin, daß es nicht einleuchtend sein könne, warum nur zwischen strafbaren Handlungen ein Fortsetzungszusammenhang bestehen könne; es könnten doch z. B. Teilakte aus irgend welchen Gründen nicht rechtswidrig sein. Weshalb sollte der gedanklich vorhandene Fortsetzungszusammenhang dadurch leiden? Und sagt doch das Reichsgericht selbst [2]), daß nicht ein bestimmtes Einzelereignis, sondern ein umfassenderes Lebensverhältnis, das sich in einer Reihe von Einzelvorgängen auswirkt, Gegenstand der Urteilsfindung ist.

§ 7. Die Lösung, die die Lehre vom hypothetisch angenommenen Vorkommnis und von der hypothetischen Natur des Prozeßgegenstands vertritt, ist m. E. ebenfalls „eine Konsequenz des Umstandes, daß, wo eine Mehrheit von Handlungen zu einer juristischen Einheit zusammengefaßt wird, diese Einheit als solche in allen juristischen Beziehungen zu behandeln ist". Daß aber beim fortgesetzten wie auch beim Kollektivdelikt die natürlichen Einzelhandlungen zu einer Einheit im Rechtssinn verbunden sind, die natürliche Handlungsmehrheit eine juristische Handlungseinheit darstellt, kann heute wohl kaum noch bestritten werden. Wohl erfüllen die verschiedenen Einzelhandlungen des Gesamtdelikts, für sich allein gesehen, einen selbständigen Straftatbestand, doch bilden sie untereinander wegen ihrer inneren Zusammengehörigkeit, ihrer normativ juristischen Gleichwertigkeit — mag diese materiell rechtlich beim fortgesetzten Delikt durch die äußerliche Gleichartigkeit der Begehung allein oder zusammen mit der Einheitlichkeit des Vorsatzes begründet sein — ein einheitliches Delikt und eine einmalige Gesetzesverletzung [3]). Die natürliche Handlungs-

[1]) JW. 1929 S. 1053.

[2]) a. a. O. GA. 73, 109.

[3]) Ebenso John S. 283, Honig S. 61; Mezger S. 461 u. 463. So auch für das französische Recht Garraud S. 227. De l'identité de cause aux délits continués ou collectifs par unité de but ... malgré la pluralité des actes matérielles, l'untité d'entreprise, de résolution et de but chez l'agent, l'unité de droit et de lois violés, le fait qu'un seul et mêmes textes pénal est applicable, entraînent l'unité juridique du delit, et par conséquent une seule répression, une seule poursuite, ... et interdisant par la même un second procès.

einheit bezeichnet Honig[1]) überhaupt als Truggebilde, als einen Begriff, der nur prima facie Anspruch auf Beachtung erheben kann, darüber hinaus aber, weil juristischen Kriterien nicht standhaltend, der juristischen Handlungseinheit als dem entscheidenden Faktor zu weichen hat.

Unter diesem Gesichtspunkt der „juristischen Tateinheit“[2]) erscheint die Richtigkeit der Lösung des obigen Normalfalls als Selbstverständlichkeit, da der Richter über eine ganze Tat, nicht nur über „ein Verbrechensfragment“ zu entscheiden hat.

Deshalb schlägt m. E. auch der Einwand Liu's[3]), Identität liege in dem Normalfall nicht vor, weil ein Teil ebensowenig mit dem Ganzen identisch sein könne wie etwa einige Räume einer Wohnung mit der ganzen Wohnung, fehl.

§ 8. I. Bei der Nebeneinanderstellung ist schon darauf aufmerksam gemacht worden, daß beide Fälle 1) und 2) parallel gelagert sind. Ueber einen Typ des Falls 2) hatte das Reichsgericht in neuester Zeit zu entscheiden[4]). Diese Entscheidung enthält zugleich eine Zusammenstellung der zu dem Identitätsproblem bisher ergangenen und manchmal etwas schwankenden Reichsgerichtsliteratur.

Das Reichsgericht nimmt hier einmal in ganz klarer Weise zur Frage der Identität der Tat im Verhältnis von Anklage und Urteil Stellung, während bisher meist seine Ansicht aus den das Problem des ne bis in idem behandelnden Entscheidungen in Verbindung mit dem vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung aufgestellten Satz: Der Grundsatz des ne bis in idem reicht so weit, als bei der früheren Entscheidung das Recht und die Pflicht des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte[5]), entnommen oder hergeleitet werden mußte.

Das Reichsgericht betont in der obigen Entscheidung: „Führt die Verhandlung zu dem Ergebnis, daß die in der Anklage wegen gewerbsmäßigen Verbrechens erwähnten Einzelfälle entweder überhaupt nicht erweislich oder als nicht gewerbsmäßige Straftaten zu beurteilen sind und daß auch die zur Prüfung herangezogenen sonstigen Einzelhandlungen keinesfalls als Verwirklichungen einer Absicht gewerbsmäßiger Begehung aufgefaßt werden können, dann bilden nur die in der Anklage bezeichneten einzelnen geschichtlich Vorkommnisse den den Gegenstand der Unter-

[1]) Honig S. VII.
[2]) Beling, Lehre v. Verbr. S. 340.
[3]) S. 33.
[4]) RG 66, 19.
[5]) s. in diesem Sinne RG. 7, 34; 24, 419; 32, 58; 49, 274; 51, 241; Löwe S. 410.

suchung und Entscheidung bestimmenden Anklagestoff. Ueber die sonstigen Einzelfälle, die bei diesem Gericht ohne besondere Anklage nur als Glieder der anhängig gewordenen Straftat hätten rechtshängig werden können, kann bei dem Wegfall des einigenden Bandes nicht mit entschieden werden, sofern nicht die Voraussetzungen des § 266 StPO. erfüllt sind." [1]).

Für den obigen Fall 2) bedeutet diese Feststellung:

Ist X wegen gewerbsmäßiger Abtreibung in drei Fällen, a, b, c angeklagt und es ergibt die Hauptverhandlung, daß diese drei Fälle zwar Fälle der strafbaren Abtreibung sind, nicht aber solche der gewerbsmäßigen Abtreibung, als die sie der Eröffnungsbeschluß kennzeichnete, so hat der Richter seine Aufgabe, soweit sie sich auf gewerbsmäßige Abtreibung bezieht, erfüllt. Anderen Einzelakten der gewerbsmäßigen Abtreibung nachzuforschen, ist er nach Ansicht des Reichsgerichts nicht berechtigt. Die im Eröffnungsbeschluß genannten drei Einzelakte a, b, c darf er im selben Verfahren unter Beobachtung der Vorschrift des § 265 StPO. bestrafen. Würde sich hier wieder wenigstens einer der Einzelakte als gewerbsmäßige Abtreibungshandlung herausstellen, so wäre nach dem Reichsgericht ein geschichtliches Vorkommnis vorhanden, das den Richter berechtigen und verpflichten würde, nunmehr das historische Vorkommnis in seiner Gesamtheit aufzudekken und zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen.

Es ist oben bereits dargetan, daß diese Entscheidung m. E. nicht zutreffend ist. Auch Kern [2]) steht in der Anmerkung zu jener Entscheidung des Reichsgerichts auf dem Standpunkt, daß, auch wenn die Anklage nur e i n e Handlung nenne, das Gericht berechtigt und verpflichtet sei, alle anderen mit ihm in Zusammenhang stehenden zu untersuchen. Selbst wenn das Gericht diese einzige Handlung als nicht bewiesen ansehe, dagegen eine andere finde, die mit der anderen in Fortsetzungszusammenhang stehen würde, falls diese erwiesen wäre, so könnte nach Kern das Gericht auf diese andere Handlung eingehen, ohne daß es einer Klageänderung, des Weges über § 266 StPO. bedürfe.

Eine andere Frage ist es dabei, ob nicht schon die Tatsache der Abtreibung allein zur Herstellung eines einigenden Bandes zwischen den gewerbsmäßigen und den nicht qualifizierten Abtreibungshandlungen genügt. Dann wäre jedenfalls auch dem Erfordernis des Reichsgerichts nach einem geschichtlichen Vorgang genügt, da doch Abtreibungshandlungen, dahingestellt, ob sie nun

[1]) Aehnlich Kohler, Jur. Literaturbl. VI, 119.
[2]) JW. 1933, S. 457.

gewerbsmäßig oder einfach waren, historisch vorgekommen sind. Dürften dann vielleicht aus diesem Grunde die übrigen gewerbsmäßigen im Eröffnungsbeschluß nicht genannten Abtreibungshandlungen in der Hauptverhandlung geprüft und mit abgeurteilt werden?

Aber es fehlt die juristische Grundlage dafür, da ja der Gesetzgeber gerade die Kollektivmäßigkeit der Begehung der Handlung als das einigende Band betrachtet. Auch diese Lösung würde nicht über die Schwierigkeit der Fälle hinweghelfen, bei denen es sich um eine fortgesetzte Straftat wie im Fall 1) handelt oder bei denen die Qualifizierung der Handlung Straftatbestand und nicht Straferhöhungsgrund ist.

II. Das Reichsgericht trägt mit Recht keine Bedenken, die im Eröffnungsbeschluß genannten Einzelakte, die sich nur als nicht qualifizierte strafbare Handlungen herausstellten, auf dem Wege über § 265 StPO. im selben Verfahren mit abzuurteilen.

Dadurch, daß der Richter im Urteil abweicht von der rechtlichen Qualifizierung der Tat durch den Eröffnungsbeschluß, wird keinesfalls die Identität der Tat zwischen Eröffnungsbeschluß und Urteil in Frage gestellt. Denn der Sinn der Hauptverhandlung ist der, dem Richter zu ermöglichen, im Verlaufe der Verhandlung sich ein klares Bild von der wirklich begangenen Tat des Angeklagten zu verschaffen. Eine Bestätigung dafür zeigen §§ 155, Abs. 2; 264, Abs. 2; 265 StPO.

Eine ebensolche Entscheidung ist in den Fällen zu treffen, in denen der Eröffnungsbeschluß Einzelakte eines Gesamtdelikts nannte, die sich als selbständige realkonkurrierende Einzeldelikte in der Hauptverhandlung herausstellen; oder der umgekehrte, häufig vorkommende Fall: der Eröffnungsbeschluß zählt Einzelakte als selbständig realkonkurrierend auf, die in der Wirklichkeit im Fortsetzungszusammenhang untereinander stehen.

In allen diesen Fällen vermag die neue rechtliche Qualifizierung der Straftat des Angeklagten die Frage der Identität der Tat nicht zu beeinflussen, wobei allerdings § 265 StPO. beachtet werden muß.

§ 9. Nachdem nun versucht worden ist, die juristische Grundlage für die dem Reichsgericht entgegengesetzte Meinung darzulegen, sei noch gestattet, die Richtigkeit dieser Stellungnahme an Hand der sich aus der Entscheidung ergebenden Konsequenzen zu bestätigen.

Das Reichsgericht, das in jenen Fällen die Identität verneint, zwingt die Anklagebehörde dazu, erneut Anklage zu erheben; denn

die strafbaren, aber nicht zur Aburteilung gelangten Taten sollen nicht ungesühnt bleiben. Findet der neue Prozeß gar vor einem anderen Richter statt, so wird dadurch eine weitere zeitliche Hinausschiebung der Erledigung der Strafsache neben erneutem Kostenaufwand herbeigeführt. Wieviel leichter wäre es dem Richter des ersten Prozesses gewesen, der sich schon eingehend mit der Persönlichkeit des Angeklagten, der Zeugen und den Tatumständen befaßt hat, die Gesamtlage des Prozesses zu klären. Wie befremdend ist es für den Angeklagten, eben freigesprochen zu werden, um kurze Zeit später wieder wegen „desselben Delikts", das die Verhandlung vielleicht schon erschöpft hatte, das aber nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht werden durfte, vor Gericht gezogen zu werden.

Sehr treffend hat Binding[1]) einmal gesagt, „der Staat geizt mit seinen Aktionen, weil sie Akte höchster Autorität sind". Diesem Wort wäre kraß widersprochen, wollte man im vorliegenden Fall nochmalige Aburteilung zulassen, Ja, wenn materiell- oder prozeßrechtliche Sätze zu einem solchen Vorgehen zwingen würden, wie es aber m. E. nicht der Fall ist. Die Reformbewegungen der Justiz zielen immer mehr darauf hin, Prozeßverschleppungen und unnötige Prozeßhäufungen zu vermeiden. Wie leicht ist es hier, den Bestrebungen zu folgen. Das Gesamtdelikt, das juristisch eine Einheit darstellt, wenn auch rein natürlich aus mehreren Einzelakten besteht, bietet die Hand dazu, im Prozeßrecht weitgehendst den Begriff der Tat aufzufassen.

Nicht unberücksichtigt bleibe die Psyche des Angeklagten, der die reichsgerichtliche Lösung nicht entsprechen würde. Er hat gewiß bei Beginn der Verhandlung damit gerechnet, daß alle in der fraglichen Zeit begangenen Delikte gleicher Art in der Hauptverhandlung zur Sprache kommen werden, und es ist ihm dann sofortige Aburteilung lieber, als nochmaliger Verhandlung ausgesetzt zu sein und eine Verurteilung vorher zu wissen.

Prozeßökonomische, allgemeine rechtspolitische Gesichtspunkte sind es, die Anlaß geben, gegen das Reichsgericht aufzutreten. Da bei ihrer Heranziehung der eigentliche Strafprozeßzweck nicht Not leidet, im Gegenteil sogar gefördert wird, sollten sie neben den rechtlichen Erwägungen auch beachtet werden. Der notwendige Schritt des Reichsgerichts wäre, künftig die Tat nicht mehr als historisches, sondern als hypothetisch-historisches

[1]) Rechtsgang II, S. 24

Geschehnis anzusehen oder die hypothetische Natur des Prozeßgegenstandes anzuerkennen.

§ 10. Bei den bisherigen Ausführungen hat sich bereits gezeigt, daß für das Problem der Identität der Tat die materiellrechtliche Handlungseinheit ein entscheidendes Kriterium ist. Sie wirkt bestimmend bei der Frage der Zusammengehörigkeit von Vorkommnissen. „Die Beurteilungsart schafft sich selbst den zu beurteilenden Gegenstand“ [1]). Dem Recht, der Rechtsnorm ist zu entnehmen, was als faktischer Vorgang Prozeßgegenstand ist.

I. Gibt es nun Fälle, bei denen die juristische Handlungseinheit Durchbrechungen erfährt? Welche sind sie?

Zu denken ist in erster Linie an die Fälle, bei denen der Täter mit der Ausführung seiner strafbaren Handlungen vom Typus des fortgesetzten oder Kollektivdelikts fortfährt, obwohl das Gericht wegen dieses Verhaltens schon eingegriffen hat.

Angenommen, der vom Eröffnungsbeschluß nicht umfaßte Einzelakt d unseres Normalfalles hat stattgefunden:

1. Nach Erlaß des ersten Urteils, während der Prozeß in der Berufungsinstanz schwebt [2]).

Ist der Berufungsrichter befugt, diesen Einzelakt mit abzuurteilen, oder ist seine Urteilsfindung begrenzt durch die Ermittlung und Würdigung der Tat, wie sie der Richter erster Instanz vorgenommen hat?

Es erscheint angebracht, das Ergebnis einmal vorwegzunehmen: Man darf keinesfalls zu einem Resultat kommen, das dem Täter erlaubte, das in Fortsetzungszusammenhang begangene oder das Kollektivdelikt weiter fortzusetzen, ohne daß die neuen Einzelakte ungesühnt blieben. An diesem Ergebnis kann nicht gerüttelt werden [3]). Mit der Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft ist der Täter darauf aufmerksam gemacht, daß sein Tun nicht einwandfrei ist. Und gleichsam wie im Zivilrecht die Rechtshängigkeit besondere Folgen auslöst — etwa Bösgläubigkeit hervorrufen kann —, ist auch im Strafrecht durch die Erhebung der Anklage dem Täter eine Warnung erteilt, mit dem begonnenen Tun einzuhalten; mag sich der Täter unschuldig glauben und deshalb selbst das ihn verurteilende Erkenntnis mit der Berufung be-

[1]) Grünh. S. 14; ähnlich Sauer S. 190: Der Maßstab (die rechtliche Wertung) muß sich in der Tat erst den Gegenstand (das Wertungsobjekt) suchen.

[2]) Vgl. RG. 49, 353.

[3]) „Das Strafrecht würde ja seiner selbst spotten, wenn die Verurteilung, die als Abhaltungsgrund für weitere Delikte wirken soll, insofern vielmehr einen Strafhinderungsgrund bildete“, Oetker JW. 1932, S. 2713.

kämpfen. Es fragt sich prozessual nur folgendes: Kann das Berufungsgericht den Einzelakt, der stattgefunden hat, während der Prozeß in zweiter Instanz schwebte, zum Gegenstand seiner Urteilsfindung machen, oder muß über den Einzelakt in einem neuen Prozeß geurteilt werden?

Aus rein prozeßökonomischen Gründen neigt man zur Bejahung der ersten Frage. Es bleibt aber zu untersuchen, ob das Prinzip der Prozeßökonomie nicht deshalb außer Betracht zu bleiben hat, weil rechtliche Gesichtspunkte daran hindern und seine Anwendung den Angeklagten benachteiligen würde.

Auszugehen ist davon, daß die neu hinzugekommene Straftat an und für sich kein selbständiges Delikt bildet, sondern ein Einzelakt ist, der mit dem rechtshängigen Gesamtdelikt in Fortsetzungszusammenhang steht. Die Berufung „führt zu einem Mittelgebilde zwischen Neuverhandlung der Sache und Nachprüfung des ersten Urteils“ [1]). Neuverhandlung, d. h. es wird erneut über die Schuldfrage Beweis geführt, neue Tatsachen und Beweismittel können vorgebracht werden und der Berufungsrichter trifft selbständig aus eigener Ueberzeugung eine Entscheidung, unabhängig von dem Verfahren erster Instanz und dessen Ergebnissen [2]). Der Gegenstand der Urteilsfindung wird für das Berufungsverfahren durch den Eröffnungsbeschluß bestimmt, das bekämpfte Urteil bleibt dabei unbeachtet [3]). Das Berufungsgericht entscheidet nämlich selbständig gemäß dem Ergebnis der eigenen Hauptverhandlung, ob der Täter sich strafbar gemacht hat. Und zwar ergreift die Berufung die ganze „Tat“ in allen ihren rechtlichen Beziehungen. Entscheidend ist bei der Aburteilung für den Berufungsrichter die Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung vor ihm darstellt [4]). Während der Hauptverhandlung und zweiter Tatsacheninstanz wird der neu begangene Einzelakt des abzuurteilenden Gesamtdelikts erkannt. Wie beim Richter erster Instanz das Zutagetreten des neuen Bestandteils des Gesamtdelikts während der Hauptverhandlung die Identität im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil nicht in Frage stellen konnte, so ist auch in der Berufung der Richter nicht gehindert, den zum Gesamtdelikt gehörigen Einzelakt, mag er zeitlich erst nach dem angefochtenen Urteil begangen sein, mit abzuurteilen. „Denn auch das Berufungsurteil hat, wenn es rechtskräftig wird, in den sich

---

[1]) Kohlrausch-Mannheim S. 299.

[2]) ebenda.

[3]) RG. in JW. 1931 S. 2312

[4]) RG. in JW. 1931 S. 67.

aus § 264 StPO. ergebenden Grenzen den Verbrauch der Strafklage wegen der ganzen vom Eröffnungsbeschluß umfaßten Tat zur Folge, dementsprechend muß in diesem Umfang das Recht und die Pflicht zur Umgestaltung der Strafklage auch dem Berufungsgericht zuerkannt werden“ [1]). Daß die Feststellung des Gerichts erster Instanz sich nicht auf die nach Erlaß des angefochtenen Urteils stattgefundene Begebenheit erstrecken konnte, hindert nicht das Berufungsgericht, diese Feststellung zu treffen.

Bringt dieses Ergebnis den Angeklagten um einen Rechtszug, da doch eine zweite Instanz schon den neuen Einzelakt würdigt, von dem in erster Instanz keine Rede sein konnte?

Es ist oben bereits darauf hingewiesen, daß das Berufungsgericht selbständig, in einer Hauptverhandlung vor ihm, über den Gegenstand der Anklage verhandelt und gemäß dem Ergebnis dieser Hauptverhandlung das Urteil nach eigener Ueberzeugung bildet. Deshalb berücksichtigt das Berufungsgericht alles, was sich während der Hauptverhandlung herausstellt, auch solche Tatsachen, die die Sachlage gegenüber dem Prozeß erster Instanz verändern. Leichter als sonst muß eine Veränderung dann möglich sein, wenn ein Gesamtdelikt abzuurteilen ist und es für die Frage, ob die Verurteilung zu Recht ergangen, ohne Bedeutung ist, ob zu der bekanntgewordenen Zahl Einzelakte ein weiterer (d) zuzurechnen ist. Der Angeklagte muß eben damit rechnen, daß der Berufungsrichter — auch für ihn gilt ja § 264 StPO. (§ 332) — die im Eröffnungsbeschluß bezeichnete „Tat“ in vollem Umfang, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung vor dem Berufungsgericht darstellt, zum Gegenstand der Urteilsfindung macht. Die Bestrafung durch das Instansgericht wird gegenüber dem Urteil des ersten Gerichts entsprechend höher ausfallen.

So liegt es, wenn zu Ungunsten des Angeklagten die Berufung eingelegt worden ist [2]).

Mit demselben Recht darf auch der Richter der ersten Tatsacheninstanz während der Hauptverhandlung begangene Einzelakte des Gesamtdelikts zum Gegenstand seiner Urteilsfindung machen.

2. Legte der Angeklagte oder die Staatsanwaltschaft nach § 296 StPO. zu seinen Gunsten Berufung ein, so gehört der neue Einzelakt — obwohl materiell-rechtlich den anderen, vor Verkündung des angefochtenen Urteils begangenen Einzelakten verbunden — nicht mehr zum Prozeßgegenstand. Das Verbot der reformatio in peius, Verböserung, wie es neuerdings heißt, steht

[1]) RG. in JW. 1928, S. 2257 = 62, 133.
[2]) Vgl. RG. 51, 255; 62, 131; Löwe S. 414.

dem entgegen. Würde nämlich die Berufung verworfen werden müssen, weil die Strafe angemessen erscheint, so gestattete § 333 StPO. nicht, die angemessene Strafe wegen des Einzeldelikts zu erhöhen [1]).

Während der Prozeß in der Revisionsinstanz schwebt, nimmt der Täter den Einzelakt d vor [2]).

War die Revision zu Ungunsten des Angeklagten eingelegt und hatte die Revisionsinstanz zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an die Tatsacheninstanz zurückverwiesen, so gehört auch der Einzelakt d zum Gegenstand der Urteilsfindung.

War zu Gunsten des Angeklagten Revision eingelegt, so ist wie oben bei der Berufung der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Tatsacheninstanz das Urteil erläßt.

Prozessualen Akten wie Berufungseinlegung kann demnach materiell-rechtliche Bedeutung beikommen; sie sind geeignet, eine materiell-rechtlich festgelegte Einheit zu zerreißen, eine Durchbrechung von dem anfangs erwähnten [3]) Grundsatz.

Heinsheimer [4]) insbesondere wendet sich zu Unrecht, wie sich aus der obigen Stellungnahme schon ergibt, gegen eine solche Annahme. Es sei nirgends in unseren Strafgesetzen ein Satz des Inhalts aufgestellt, daß ein tatsächlicher einheitlicher verbrecherischer Vorsatz rechtlich unterbrochen und so die ihm entspringende einheitliche Handlung in eine Mehrheit von Handlungen zerlegt werde, wenn und so oft dem Täter eine Strafentscheidung wegen seines bisherigen Tuns bekanntgegeben werde.

Nicht ohne Berechtigung heben Ehrhardt [5]) und Bockshammer [6]) hervor, daß Fälle denkbar sind, in denen die verbrecherische Neigung über die Verurteilung hinausreichen kann; etwa wenn das Urteil dem Täter nicht bekannt geworden ist oder beim Ueberzeugungsverbrecher. Dennoch ist m. E. die oben getroffene Entscheidung auch in diesen Fällen nicht unbillig, als neue Tat jede strafbare Tätigkeit gelten zu lassen, die von dem Urteil nicht erfaßt werden konnte; ohne Rücksicht auf die Kenntnis des durch die Eröffnung des Hauptverfahrens zur Ordnung gerufenen Angeklagten von der ergangenen Entscheidung und seine Entschließung.

---

[1]) RG. 49, 354; LZ. 1922 S. 469. KG. in DJZ. 1913 S. 293. A. A, OLG. Düsseldorf in LZ. 1915 S. 388. Oetker in JW. 1932 S. 2714, der das Verbot der reformatio in peius für über das gebotene Maß gesteigert hält.

[2]) Vgl. RG. 42, 374; Heinrich S. 31.

[3]) s. S. 6.

[4]) ZStW. 20 S. 570.

[5]) S. 64.

[6]) S. 46.

II. Gibt es neben diesen Fällen der Durchbrechung der juristischen Handlungseinheit noch andere, die das Gericht zwingen, bestimmte Einzelakte einer materiellen Handlungseinheit ungewürdigt zu lassen und so gegen den Grundsatz der Einheitlichkeit des Prozeßgegenstandes zu verstoßen?

Beling[1]) zählt sieben Ausnahmen auf, bei denen die „Tateinheit prozessual zerrissen wird“[2]) und illustriert sie dem Leser mit folgendem Bild: Ein Teil der Tat ist dem Blick des Gerichts wie durch eine partielle Mondfinsternis entzogen. Die Aburteilung erfolgt unter völliger Ignorierung der verdunkelten Stück der Tat.

Von besonderem Interesse sind hier die Einzelakte eines Gesamtdelikts, bei denen es am Strafantrag fehlt, die vor ein Sondergericht gehören, und die wegen des Grundsatzes der Spezialität bei der Auslieferung nicht mit abgeurteilt werden dürfen.

1. Das Reichsgericht steht bei mangelndem Strafantrag — es hat sich nur beim fortgesetzten Delikt mit dieser Frage beschäftigt, seine Stellungnahme muß aber bei der Gleichsetzung beider Deliktsarten für das Kollektivdelikt dieselbe sein, soweit diese Frage für letzteres überhaupt praktisch werden kann — auf dem Standpunkt, daß beim Vorliegen eines Gesamtdelikts, das sich teils aus Handlungen, die von Amts wegen zu berücksichtigen, teils aus solchen, die nur auf Antrag verfolgbar sind, die Einbeziehung dieser Begehungshandlung nicht von der Stellung eines Strafantrags durch den Verletzten abhinge[3]). Denn die einzelnen Deliktsakte hätten wegen ihres Fortsetzungszusammenhanges die Natur selbständiger strafbarer Handlungen verloren und könnten nur in und mit der ganzen einheitlichen Tat zur Aburteilung gelangen. Ebenso wenig erkennt die reichsgerichtliche Rechtsprechung eine Teilbarkeit des Strafantrags an. Ein Strafantrag, der sich nur gegen einzelne Betätigungsakte eines Gesamtdelikts richtete, würde ohne Bedenken die ganze einheitliche Handlung von ihm umfassen[4]).

2. Den Parallelfall — das Gesamtdelikt setzt sich aus in verschiedenen Ländern begangenen Einzelakten zusammen, die gegen verschiedene landesrechtliche Vorschriften verstoßen — behandelt das Reichsgericht allerdings abweichend. Der Richter eines Landes sei rechtlich gehindert, in einem anderen Lande begangene Einzelakte mit abzuurteilen[5]).

[1]) Reichsstrafprozeßordnung, S. 115.
[2]) Lehre v. Verbr. S. 388.
[3]) RG. 57, 81.
[4]) RG. 3, 386; 40, 320; 47, 202; 49, 66. Gleicher Ansicht: Doerr S. 206, durch die Tatsache des Zusammenhangs dürfe dem Verletzten sein Antragsrecht, soweit es ihm zusteht, nicht genommen werden.
[5]) RG. 32, 58.

Das Reichsgericht hält diesen Fall m. E. wohl deshalb für anders gelagert, weil es dem Richter des Einzelstaats nicht möglich ist, das Recht des anderen deutschen Gliedstaates zur Anwendung zu bringen, während oben die Stellung des Strafantrags durch den Verletzten schon die Aburteilung ermöglichte. Zweifelhaft kann es aber sein, ob die juristische Handlungseinheit wegen innerstaalicher Grenzen, des Mangels eines einheitlichen Reichsgesetzes, Durchbrechung erfahren darf.

3. Was die Frage der Zuständigkeit eines Sondergerichts ebenso auch den Grundsatz der Spezialität bei Auslieferung angeht, hat sich die reichsgerichtliche Judikatur nur auf dem Boden der Idealkonkurrenz mit dem Problem beschäftigt, nicht aber auf dem Gebiet des Gesamtdelikts, obwohl auch hier die Frage leicht praktisch werden kann. Man stelle sich etwa folgenden einfachen Fall vor: Es begeht jemand vor und nach seiner Einberufung als Soldat fortgesetzten Diebstahl oder ein gewerbsmäßiges Delikt. Die Militärgerichtsbehörde hätte dann über alle nach der Einberufung begangenen Einzelhandlungen zu entscheiden, die ordentliche Gerichtsbehörde die der Einberufung zeitlich vorangegangenen.

Das Reichsgericht bekennt in einer Entscheidung über ein Sammeldelikt [1]), dessen Einzelakte teilweise der Gerichtsbarkeit der damaligen Besatzungsmächte, teilweise der inländischen Gerichtsbarkeit zur Aburteilung unterstanden, daß trotz der gesetzlichen Einheit der Tat zwei mal gestraft werden darf. Und zwar habe jede Gerichtsbehörde die Verletzungen der von ihr geschützten Rechtsgüter abzuurteilen.

4. Das Verfolgunghindernis der Verjährung bietet insofern keine Schwierigkeit, als nach herrschender Lehre [2]) der Lauf der Verjährung erst mit Vollendung des letzten Einzelakts beginnt.

Die Ansicht ergibt sich zweifelsfrei, wenn das Gesamtdelikt von dem Gesichtspunkt der einzigen Gesamttat betrachtet wird, die erst mit der Begehung des letzten Einzelakts abgeschlossen ist [3]).

§ 11. Aus dem Vorangegangenen erhellt, daß es m. E. richtiger ist, den Begriff der Identität der Tat recht weit auszulegen. Der leitende Grundsatz für den Richter im Strafprozeß soll sein,

[1]) RG. 59, 400; JW. 1932 S. 2713.

[2]) RG. 10, 203; 57, 140. Frank S. 215; a. A. Höpfner II S. 222 ff.

[3]) Die Streitfrage, ob das für den Richter bestehende Hindernis, das Gesamtdelikt in seiner ganzen Ausdehnung zu würdigen, rechtlicher — so Reiffel GA. 42, 90 — oder tatsächlicher Natur ist — so Löwe S. 412 — ist m. E. unerheblich; sie vermag nichts an der Entscheidung zu ändern. Näheres über diesen Streit Liu S. 67.

den Gegenstand des Prozesses zu erschöpfen. Unberücksichtigt bleibt, in welchem Umfang der Eröffnungsbeschluß das factum aufgerollt hat, „wenn nur Identität des Prozeßgegenstandes gewahrt ist. In diesem Rahmen ist die Angelegenheit ohne Uebriglassen eines Restes zu erledigen“ [1]). Der Identitätsbegriff erfordert, daß weitere dem Prozeßgegenstand im Sinne eines Gesamtdelikts zugehörende Einzelakte, ebenso wie ideell konkurrierende Gesichtspunkte mit zu berücksichtigen sind. Auch das Reichsgericht vertritt diese Meinung. Daß nämlich, wenn einmal ein Teil der Glieder einer zusammenhängenden Kette, durch das Moment des Gesamtdelikts oder das der Idealkonkurrenz verbunden, in die Maschinerie des Strafprozesses gekommen ist, auch sämtliche Glieder der Kette mit hineingezogen werden.

Es haben Fälle gezeigt, daß eine solche Erweiterung des Begriffs der Identität der Tat vorteilhaft war. Die Nachteile eines solchen Prinzips sollen nicht verborgen bleiben.

Angenommen, es ist Anklage erhoben wegen eines Gesamtdelikts A, das sich aus den Einzelakten a, b, c zusammensetzt. Während der Verhandlung stellt sich heraus, daß der Einzelakt c in Idealkonkurrenz steht mit einem neuen Gesamtdelikt B, bestehend aus den Einzelakten c, d, e. Ein Einzelakt dieses fortgesetzten oder Gesamtdelikts mag nun ideal konkurrieren mit einem anderen Gesamtdelikt C, das wiederum mit noch einem weiteren D einen Einzelakt gemeinsam hat, Theoretisch läßt sich die Kette immer mehr verlängern und auch praktisch ist ein solches Ineinandergreifen von Delikten durchaus möglich. Graphisch dargestellt, würde sich der angenommene Fall als eine Mehrheit von neben einander liegenden sich schneidenden Kreisen ergeben. Wird nun Anklage erhoben auch nur wegen eines Punktes — graphisch gedacht — aus der Fläche eines Kreises, A, so wird der Richter gezwungen, den Kreis abzusuchen nach weiteren Punkten, die mit dem gefundenen zusammen eine Einheit bilden oder ideal konkurrieren und im Kreise A enthalten sind. Dann muß der Richter auch an die Stelle des Kreises A kommen, die von einem Teil des zweiten Kreises B überdeckt wird. Die Untersuchung pflanzt sich also immer fort, bis sie auf einen Kreis trifft, der an keinen neuen mehr anstößt. Jetzt erst hat der Richter seine Pflicht erfüllt und „die Angelegenheit ohne Uebriglassen eines Restes erledigt“. Alles Gefundene hat der Richter zum Gegenstand seiner Urteilsfindung zu machen.

Es besteht nach bisher Gesagtem gar kein Zweifel, daß Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnugsbeschluß und Urteil vorliegt. Es kann danach vorkommen, daß eine ganze Verbrecherlauf-

[1]) Beling, Reichsstrafprozeßrecht S. 160.

bahn, die sich auf lange Zeit hinzog, in einem Urteil abgetan werden muß und der Täter bei der Strafbemessung nach § 73 StGB. allzu gut fährt.

Und unterläßt der Richter die Untersuchung der aneinander geketteten Kreise bis zum letzten Teil — vielleicht durch ein Versehen —, so steht einer nochmaligen Aburteilung der unberücksichtigt gebliebenen Deliktsakte der Satz ne bis in idem entgegen.

Man möchte daher gern, die oft nur durch winzige Anhaltspunkte zusammengehaltenen Komplexe, Kreise nach obigem Bild, trennen; am besten an Stellen, an denen die Bindung der Kreise besonders schwach ist. Man müßte dann sagen, nur deshalb, weil den verschiedenartigst beinhalteten Kreisen einmal ein Partikelchen gemein ist, könne nicht bei Inbetrachtziehung eines Kreises davon gesprochen werden, daß alle anderen Kreise, die mit dem ersten nur in losester Berührung stehen, nun mit zu untersuchen sind. Es sei nicht mehr möglich zu sagen, „dieselbe Tat" liege vor. Das Tatbild sei so gänzlich verschieden, daß es zweckmäßigerweise zum Gegenstand eines ihm eigenen Prozesses gemacht wird.

So verlockend diese Annahmen auch sein mögen, muß man sich doch hüten, den Grundsatz der Einheitlichkeit des Prozeßgegenstandes zu durchbrechen. Die Abgrenzungen, die eben als möglich erwogen wurden, sind zu flüssig, um sie als Ausnahme von dem Grundsatz zu gebrauchen. Mag das Resultat in dem gegebenen Fall nicht befriedigend sein, so ist darin allein noch kein Grund zu erblicken von allgemein rechtlich durchaus richtigen Grundgedanken abzuweichen; wenigstens nicht, ehe ein Kriterium gefunden ist, das, die Grenzen festzulegen, imstande ist.

§ 12. Wir sahen soeben, daß eine weite Auslegung des Tatbegriffs die materielle Gerechtigkeit der StPO. leicht gefährden kann. Wir gaben ferner bereits zu, daß aus Gründen der Prozeßökonomie der Staat daran interessiert ist, Zusammengehöriges auf einmal abzutun, aus Gründen der Autorität, selten und abschließend tätig zu werden. Diesen Interessen des Staates stehen die des Angeklagten gegenüber, sich genügend auf seine Verteidigung vorbereiten zu können und zu wissen, daß einer etwaigen Aburteilung eine sorgfältige Prüfung, wie sie das Ermittlungsverfahren garantiert, vorangegangen ist[1]).

Weiter wird der Angeklagte ein Interesse daran haben, daß in einem Verfahren das Zusammengehörige restlos erledigt wird.

[1]) Und wie wichtig ein solches Vorverfahren sein kann, beweist die oben dargelegte Möglichkeit, daß eine ganze Verbrecherlaufbahn in einem Prozeß Gegenstand der Urteilsfindung werden kann.

Die weite Auslegung des Tatbegriffs[1]) steht mit dem Bestreben nach Prozeßökonomie und Staatsautorität in Einklang. Ebenso wird die Ausdehnung des Tatbegriffs den Interessen des Angeklagten nicht abträglich sein, denn ihm steht der Schutz des § 265 Abs. 3 StPO. zur Seite, und er wird ohnehin etwa in obigem Fall 1 damit rechnen, daß „gedanklich" in Fortsetzungszusammenhang stehende weitere Delikte zutage treten werden und demgemäß seine Verteidigung eingerichtet haben[2]).

Dem Interesse des Staates und auch wohl dem des Angeklagten läuft allerdings bei der weiten Ausdehnung des Tatbegriffs die Gefährdung der materiellen Gerechtigkeit durch den Fortfall des staatsanwaltschaftlichen Vorverfahrens entgegen.

Die moderne Literatur scheint einer weiten Auslegung des Tatbegriffs zuzustimmen. Sie begrüßt[3]) im Entwurf zum Einführungsgesetz des StGB. das in den §§ 264—266 StPOE. erreichte Ergebnis, daß alle Taten, deren der Angeklagte beschuldigt wird, zur gemeinschaftlichen Aburteilung gelangen mit der Begründung, weil nur so dem Gericht ein möglichst zutreffendes Bild von der Persönlichkeit des Täters und die Unterlagen für eine richtige Strafbemessung gegeben werden könnten. § 265 StPO. läßt sämtliche Voraussetzungen des § 266 StEO. fallen und hält es für genügend[4]), daß der Angeklagte irgend einer anderen Rechtsverletzung beschuldigt wird, um das Recht und die Pflicht des Gerichts zur Aburteilung zu begründen.

Wenn man aber der modernen Richtung folgen und die Persönlichkeit des Täters mehr in den Vordergrund treten lassen will, so ist die Durchführung dieses Prinzips bei der Natur des Gesamtdelikts, das es nicht allein auf die einzelnen äußeren Handlungserfolge des Täters, sondern auf seine innere Entschließung abstellt, mehr als je berechtigt.

Eine Ausdehnung des Tatbegriffs beim fortgesetzten und Kollektivdelikt ist auch aus diesen Gründen m. E. gerechtfertigt.

---

[1]) Auch Oetker in JW. 1932 S. 3125 bemerkt, daß „Klagbesserung nach Maßgabe der Verhandlung in weitem Maße freigegeben ist".

[2]) Aehnl. auch Rumpf, S. 361.

[3]) Entw. Begründung S. 72.

[4]) s. ebenso v. Weber, GS. 100, S. 233.

Drittes Kapitel.

Die Identität der Tat im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und neuer Anklage.

§ 13. Wir kommen nunmehr zu der Frage der Identität der Tat im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und erneuter Anklage.

Der Grundsatz ne bis in idem bedeutet, daß eine Straftat, über die eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, nicht zum Gegenstand einer neuen Anklage gemacht werden kann; denn durch das rechtskräftige Urteil tritt Klagverbrauch ein. In der StPO. ist dieser Gedanke der materiellen Rechtskraft nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch ist seine Geltung in der Rechtsprechung [1]) und Wissenschaft unbestritten. Er pflegt neben den vielen allgemeinen Erwägungen, wie Zweckmäßigkeit und Billigkeit, durch argumentum e contrario aus den Vorschriften über die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens (§§ 359 ff. StPO.) und den §§ 264—266 StPO.) hergeleitet zu werden.

An der Spitze der Bearbeitung des Problems der Identität der Tat im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und neuer Anklage empfiehlt sich zur Vermeidung von etwaigen Wiederholungen eine Gegenüberstellung mit dem Begriff der Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil. Denn schon die Heranziehung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung geschah unter der vom Reichsgericht aufgestellten Lehre: der Grundsatz ne bis in idem reicht soweit, als bei der früheren Entscheidung die Befugnis des Gerichts zur Umgestaltung der Strafklage reichte. Dieser Gleichsetzung der beiden Identitätsbegriffe schließt sich Löwe [2]) an unter Verweisung auf die Motive, die besagen, daß die Befugnis zur Umgestaltung der Strafklage nach § 264 StPO. gerade darum gewährt sei, um überhaupt eine umfangreiche Anwendungsmöglichkeit des Satzes ne bis in idem zu geben und zu verhindern, daß eine nochmalige Strafverfolgung wegen einer und derselben Tat stattfindet.

Grünhut [3]) bringt die beiden Identitätsbegriffe folgendermaßen in Beziehung: „Die Aufgabe des Richters ist nach § 264 StPO.: Allseitige Kognition der einen identischen Tat. Daraus folgt: Die

[1]) z. B. RG. 21, 79.
[2]) S. 410.
[3]) S. 11.

Identität bildet im anhängigen Verfahren die Grenze richterlicher Kognition und im künftigen Verfahren die Grenze der Rechtskraftwirkung."

Die enge Verbundenheit, das Ineinandergreifen der beiden Probleme der Identität der Tat wird m. E. zu Recht betont. Die Begriffe entsprechen sich [1]); dabei kann es dahingestellt bleiben, wie der Zusammenhang „geartet ist, d. h. welcher Grundsatz der Grund und welcher die Folge ist" [2]).

Jedenfalls ist die gleichartige Behandlung der beiden Identitätsbegriffe ein Gebot der zum Strafprozeß nun einmal unbedingt gehörigen Forderung nach materieller Gerechtigkeit. Denn würde dem ne bis in idem ein weiterer Tatbegriff zugrunde liegen, als dem des § 264, dessen Aufgabe es ist, den jeweiligen Prozeßgegenstand zu bestimmen, so hätte der Angeklagte ein Privileg auf Straflosigkeit, das „aller Vernunft, aller Moral und dem Interesse der staatlichen Gesellschaft widerspräche" [3]).

Der äußerliche Unterschied der beiden Begriffe ist m. E. am besten in der Weise zu formulieren:

Der erste Identitätsbegriff ist ein positiver Begriff, der zweite ein negativer. Positiv mit dem Gebot: Du, Richter im ersten Prozeß, bist berechtigt und verpflichtet, die Tat erschöpfend zu behandeln [4]). Negativ mit dem Verbot: Du, Richter im Prozeß nach rechtskräftig ergangenem Urteil, darfst nicht noch einmal urteilen über Begebenheiten, die im früheren Prozeß schon Gegenstand der Urteilsfindung waren oder hätten sein müssen.

Es kann allerdings auch vorkommen, daß der Satz ne bis in idem weiter reicht als bei der früheren Entscheidung das Recht und die Pflicht des Richters zur Umgestaltung der Strafklage reichte. Ein solcher Fall läge vor, wenn der Erstrichter den Rahmen des Prozeßgegenstandes überschritten, wenn er mehr abgeurteilt hat, als er hätte aburteilen dürfen. Dieser Fehler des Gerichts darf selbstverständlich nicht zu Lasten des Angeklagten insofern gehen, als das „Plus des Sachurteilsistgegenstands gegenüber dem Sachurteilssollgegenstand" [5]) in einem zweiten Prozeß

[1]) Auch Sauer, Grundlagen, S. 269; John S. 283; Löwe S. 662; v. Kries S. 599 bejahend für das fortgesetzte, verneinend für das Kollektivdelikt. Aehnlich Glaser, Hdb. II. 344. A. A. Kohlrausch Diss. S. 53, doch bringt er diese Meinung in Kohlrausch-Mannheim nicht mehr zum Ausdruck.

[2]) Pfizer, G.A. 40 S. 341.

[3]) A. F. Berner, S. 493.

[4]) Wieweit dieses Recht und diese Pflicht gehen, ist eine besondere, oben bereits erörterte Frage.

[5]) Liu S. 79.

eine nochmalige Aburteilung erfährt; vorausgesetzt, daß das erste Urteil nicht überhaupt ein nichtiges Urteil war. Ein solch fehlerhafter Staatsakt vermag an den hier aufgestellten Grundsätzen aber nichts zu ändern.

Die erwähnte Zusammengehörigkeit der beiden Begriffe gestatt es nun, die oben erwähnten Fälle umgewendet auch bei der jetzigen Identitätsfrage zu verwerten. Das Ergebnis wäre: Solange eadem res vorliegt zwischen Eröffnungsbeschluß und Urteil, ist es unzulässig, unberücksichtigt gebliebene Einzelakte zum Gegenstand eines neuen Verfahrens zu machen.

Vergegenwärtigen wir uns unseren Normalfall, so schließt die rechtskräftige Aburteilung des Gesamtdelikts A wegen des Grundsatzes ne bis in idem jede weitere Aburteilung eines zu dieser Deliktseinheit gehörigen Einzelakts aus. Ein neues Verfahren wäre einzustellen. Es ist eben das Gesamtdelikt A abgeurteilt, gleichgültig, wieviel Einzelakte des fortgesetzten oder Kollektivdelikts den Erstrichter, dem Richter, der im ersten Prozeß tätig wurde, in der Verhandlung zur Kenntnis gelangt sind; gleichgültig ferner, ob dem Richter der Vorwurf der unsorgfältigen Verhandlungsführung zu machen ist, weil weitere Einzelakte des Gesamtdelikts ihm unbekannt geblieben sind, oder er selbst bei aller Sorgfalt sie nicht hätte erkennen können.

Die Richtigkeit der Entscheidung gilt allgemein. Doch will sich Stenglein [1]) dieser herrschenden Meinung verschließen.

Er schlägt vor, daß im Interesse der materiellen Gerechtigkeit, die für vermehrte Straffälle eine höhere Strafe erheische, auf die aber der Erstrichter hätte gar nicht erkennen können, § 79 StGB. analog angewendet werden solle. Das sei besser, als den Einzelhandlungen jede Selbständigkeit zu nehmen und damit den Begriff der Deliktseinheit, die doch nur eine fingierte sei, „dermaßen auf die Spitze zu treiben".

Solange Stenglein von einer nur fingierten Deliktseinheit spricht, ist es vielleicht verständlich, daß er die Einzelhandlungen „der Selbständigkeit nicht so sehr entkleiden" will. Diese Einheit ist aber keineswegs durch Fiktion hergestellt, sondern durch eine auf normativ-juristischer Basis beruhende Vereinheitlichung. Welche Einheit beim fortgesetzten Delikt besteht, bringt Ebermayer [2]) damit zum Ausdruck, daß er § 73 StGB. nicht unmittelbar, sondern nur analog angewendet wissen will, „denn es wird durch ein und dieselbe Handlung, zunächst ebenso wie bei einer

[1]) S. 306.
[2]) Leipziger Kommentar S. 78.

natürlichen Handlung, stets nur ein deliktischer Tatbestand, wenn schon stoßweise, verwirklicht und nur ein Strafgesetz verletzt, nicht mehrere, wie § 73 StGB. voraussetzt."

Es bleibt selbstverständlich dem Zweitrichter unbenommen, die neue angeklagte Straftat als selbständiges Delikt anzusehen und einen Fortsetzungszusammenhang mit früheren, ähnlichen Straftaten zu verneinen. Dann dürfte er auch statt zu einer Einstellung zu einer Verurteilung des Angeklagten kommen [1]).

§ 14. Dagegen ist es dem Zweitrichter verwehrt, sich mit der rechtlichen Auffassung über eine Tat, wie sie ein früherer Richter in einem rechtskräftigen Urteil gezeigt hat, in Widerspruch zu setzen.

Das Reichsgericht hat sich mit dieser Frage anläßlich eines Falles beschäftigt [2]), bei dem der Erstrichter den Angeklagten wegen mehrerer Einzelhandlungen als realkonkurrierende Delikte rechtskräftig verurteilt hatte. Als die nachträglich bekanntgewordenen Einzelhandlungen dem späteren Richter vorgelegt wurden, nahm er an, daß die vom Erstrichter abgeurteilten Fälle und die gegenwärtig zur Aburteilung vorliegenden Einzelakte unselbständige Bestandteile eines anderen, eines fortgesetzten Delikts, sein. Das Reichsgericht hält den Zweitrichter nicht für berechtigt, sich in direkten Widerspruch zu setzen mit dem rechtskräftigen Urteil des Erstrichters. Wären nämlich dem Erstrichter die jetzt erst zutage getretenen Einzelhandlungen während der Verhandlung schon damals bekannt geworden, so hätte er sie nicht ohne Umgehung der Vorschriften des § 266 StPO. zum Gegenstand seiner Urteilsfindung machen können. Daraus ergebe sich aber, daß der Zweitrichter jetzt nicht Identität der Tat im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und neuer Anklage annehmen dürfen, wenn er auch meint, der Erstrichter habe bei der rechtlichen Qualifikation der Einzelhandlungen geirrt.

Diese Ansicht ist durchaus zu billigen. Zu welchen Konsequenzen führte die entgegengesetzte Meinung. Würden etwa die während der Verhandlung bekanntgewordenen anderen realkonkurrierenden Delikte nicht zum Gegenstand derselben Aburteilung gemacht werden dürfen, weil der Antrag der Staatsanwaltschaft oder die Zustimmung des Angeklagten (§ 266 StPO.) fehlte, und würde später ihretwegen erneut Anklage erhoben werden, so wäre ja eine Verurteilung unmöglich gemacht, wenn der Zweitrichter rechtlich anders die abgeurteilten und jetzt im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Einzelhandlungen qualifizierte als der Erstrichter.

[1]) ebenso RG. 57, 22.
[2]) Rspr. VIII, S. 647 = RG. 15, 28. Zustimmend Löwe S. 414.

§ 15. Recht interessant ist auch der Fall, bei dem in einem Erstprozeß wegen eines einzelnen selbständigen Delikts verurteilt worden ist und nach Rechtskraft sich herausstellt, daß dieses Einzeldelikt mit noch weiteren nicht bekanntgewordenen Einzelakten ein Gesamtdelikt bildet.

Liegt hier Identität der Tat im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und neuer Anklage vor? Genügt die Entscheidung auch nur über eine der Einzelhandlungen, um Rechtskraft bezüglich der gesamten Einheit zu begründen?[1]).

Das Reichsgericht verneint[2]). Es sei wegen eines selbständigen Einzeldelikts verurteilt worden, nicht aber wegen eines Gesamtdelikts. Durch das rechtskräftige Urteil, das nur eine bestimmte Einzelhandlung und diese als selbständige Straftat abgeurteilt hat, sei eine Verfolgung solcher Handlungen noch zulässig, die nach Ansicht des über sie entscheidenden Gerichts mit der abgeurteilten Handlung eine Deliktseinheit — sei es durch das Band des Fortsetzungszusammenhangs oder das der Kollektivmäßigkeit — bildeten. Identität bestehe demnach nicht. Denn durch jenes rechtskräftige Urteil sei auch nur der aus dieser einen Gesetzesverletzung erwachsene Strafanspruch aufgezehrt. Es sei an eine die einzelnen Handlungen zu einer einheitlichen Handlung zusammenfassendes Band nicht gedacht.

Diese Entscheidung verwundert nach den Folgerungen des Reichsgerichts in den obigen Fällen 1) und 2) keineswegs. Vielmehr erstaunlich ist, daß das Reichsgericht sich in einigen ungedruckten Entscheidungen nicht zu der sonst vertretenen Lehre bekannt haben soll[3]).

Die Billigung der Lehre von der schrittweisen Bildung des Prozeßgegenstandes führt im Gegensatz zum Reichsgericht zur Bejahung der Identität der Tat. Die Tatsache, daß der Erstrichter nicht die zur Zeit der Verhandlung im Erstprozeß schon vorhanden gewesene Deliktseinheit erkannt hat oder erkennen konnte[4]), darf m. E. nicht zu einer Durchbrechung der juristischen Handlungseinheit führen. Ebenso wie der Erstrichter bei Zutagetreten der übrigen Einzelakte während der Hauptverhandlung, obwohl nur wegen

[1]) Die Frage nach der Identität taucht hier im dritten Kapitel erst auf, da der Erstrichter gar nicht daran dachte, er würde über ein Gesamtdelikt entscheiden; er wollte lediglich die in seinen Augen selbständige einzelne Straftat aburteilen.

[2]) JW. 1931, 931; Recht 1910 Nr. 255; 1920 Nr. 2188; RG. 26, 164; RG. 54, 333.

[3]) Löwe S. 414 u. Recht 1917 Nr. 320.

[4]) Fälle der Berufung etc. also ausgeschlossen.

eines einzelnen selbständigen Delikts Anklage erhoben worden war, diese mit zum Gegenstand der Urteilsfindung hätte machen müssen, weil Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil gegeben war, hat der Zweitrichter dem Grundsatz ne bis in idem gehorchend, das Verfahren einzustellen.

Denn „die durch geeignete tatsächliche Feststellung nachzuweisende Voraussetzung für die Unstatthaftigkeit der neuerlichen Strafverfolgung ist, daß der Deliktsakt den Gegenstand der früheren Aburteilung mit gebildet haben würde und ohne Verletzung der Identität hätte bilden können“ [1]). Entscheidend sei doch nur, daß „kein verfahrensrechtliches Hindernis“ [2]) einer Erschöpfung des Falles bestanden habe.

Coenders [2]) ist der Ansicht, in einem solchen Fall entspräche es den gesetzlichen Zweckgedanken und der Gerechtigkeit, eine Konsumtion nicht eintreten zu lassen.

Es ist zwar richtig, daß bei solchen Entscheidungen, die hier die Identität der Tat bejahen, der Täter einer gerechten Strafe entgeht, da ja das Strafmaß wesentlich höher gewesen wäre, hätte der Erstrichter die Straftat als Gesamtdelikt erkannt. Gewiß kann die dargelegte Ansicht zu groben Auswüchsen führen. Ein gutes Beispiel bietet der oben S. 24 gebildete Fall. Hätte dort der Erstrichter nur einen kleinen Teil — z. B. den ersten Kreis — abgeurteilt und stellten sich nach Rechtskraft die übrigen Delikte heraus, so würde Identität der Tat zwischen Urteil und neuer Anklage vorliegen und nochmalige Aburteilung ausgeschlossen sein; mochte der Richter im Erstprozeß auch die größte Aufmerksamkeit bei der Verhandlung aufgebracht haben.

Man will gern verhindern, daß „unvernünftiger Formalismus die Gerechtigkeitspflege zu sinnwidrigen Ergebnissen bringt“ [3]). Aber nicht eher kann von den aufgestellten Grundsätzen abgewichen werden, bis ein brauchbarer Vorschlag hier einen objektiven Maßstab bietet, der die „sinnwidrigen“ Ergebnisse verhütet.

Coenders hält es für eine unmögliche Pflicht des Richters, „nach allen nur möglichen, anscheinend nur unerheblichen Richtungen die Aufklärung zu wenden, in der Besorgnis, etwaige verhüllte Verbrechen sonst der gerechten Sühne wegen des Verbrauchs der Strafklage zu entziehen“. Aber ist wiederum der Praxis mit seinem Vorschlag gedient, den Verbrauch der Strafklage dann auszuschließen, wenn es sich um Tatsachen handelt, die dem

[1]) RG. 9, 350.
[2]) JW. 1925 S. 1005 u.
[3]) Coenders a. a. O. S. 1004.

Richter nicht vorlagen und durch den Inhalt der Verhandlung seiner Feststellung irgendwie nahegelegt wurden? Wann sind Tatsachen dem Richter „irgendwie nahegelegt"? Ein solch dehnbarer Begriff befreit uns nicht von der Gefährdung der Rechtssicherheit bei einer so bedeutungsvollen Frage, ob noch einmal bestraft werden darf oder nicht.

Aus denselben Gründen geht es nicht an, aus dem Bezirk der Rechtskraft alle die früheren Tatsachen auszuscheiden, die so entfernt lagen, daß ein „Normalrichter" auf ihr Vorhandensein nicht aufmerksam werden konnte [1]). Denn „Rechtsfriede und Rechtssicherheit stehen hier höher als die Verwirklichung der konkreten materiellen Gerechtigkeit", wie Sauer selbst zugibt [2]) [3]).

§ 16. Nachdem die Fälle erörtert worden sind, die der Richter — rechtlich objektiv — hätte erkennen können, aber nicht erkannt hat, interessiert die Behandlung der Umstände, auf deren Vorhandensein er auch bei aller Sorgfalt nicht hätte schließen können. Dazu gehören zunächst einmal die Einzelakte eines Gesamtdelikts, die zwischen Urteilsverkündung und Urteilsrechtskraft begangen sind.

1. Man müßte meinen, aus der Zusammenfassung mehrerer natürlicher Handlungen zu einer juristischen Einheit, dem einen Gesamtdelikt, wegen das verurteilt wird, sei zu folgen, daß auch die im Fortsetzungszusammenhang mit den übrigen vor Urteilserlaß begangenen Einzelakten stehende neue Begebenheit mit abgeurteilt sei. Das kann aber nicht sein. Damit wäre dem soeben vom Strafgesetz durch die Verurteilung zur Ordnung gerufenen Täter ein Freibrief gegeben, nach Belieben bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils — und dieser läßt sich leicht hinauszögern —, seine strafbare Handlungsweise fortzusetzen, ohne eine Bestrafung fürchten zu müssen. Hier besteht daher ein Gebot, die Grundsätze des materiellen Rechts zu durchbrechen, die den Einzelakt als unselbständiges Delikt ansehen. Schon die Verkündung des Urteils bildet wie das Erwachsen in Rechtskraft eine Zaesur, die die Zusammenfassung mehrerer Einzeldelikte zu einer Gesamtheit, einer Handlungseinheit, beschränkt [4]).

---

[1]) Sauer, Grundlagen S. 270.

[2]) ebenda.

[3]) Diese Entscheidung kann nicht etwa der Vorwurf treffen, sie widerspräche der Ansicht (S. 30), ein Richter dürfe sich nicht mit der rechtlichen Qualifizierung einer rechtskräftig abgeurteilten Straftat in Widerspruch setzen. Denn hier nimmt der Erstrichter ein selbständiges Delikt an, weil er von der Existenz weiterer Einzelakte, die mit ihm zusammen ein Gesamtdelikt ergeben, nichts wußte.

[4]) vgl. RG. 42, 373; ebenso Oetker JW. 1932, S. 2712; a. A. Heinsheimer aus denselben Gründen wie auf S. 21.

Ebenso liegen die Fälle, bei denen zu Gunsten des Angeklagten Berufung oder Revision eingelegt worden ist und wegen des Verbots der reformatio in peius der nach Urteilsverkündung begangene Einzelakt nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht werden konnte[1]).

Die vor und nach Erlaß des Urteils begangenen Taten sind nicht mehr identisch.

2. Im Zusammenhang damit ist schließlich noch die Behandlung der Begebenheiten von Interesse, die der Erstrichter als Einzelakte eines Gesamtdelikts mit anderen nicht aburteilen konnte, weil für ihre Aburteilung ein prozessuales Hindernis vorhanden war. Was geschieht mit diesen Fällen, wenn nach Rechtskraft des Urteils das prozessuale Hindernis fortfällt, weil z. B. Strafantrag gestellt wird?

Liegt Identität der Tat im Verhältnis von Urteil und neuer Anklage vor?

Man hat sich wieder vor Augen zu führen, daß das vorangegangene Urteil sämtliche Einzelakte eines einzigen Gesamtdelikts zur Aburteilung brachte, die bekanntgewordenen wie die unbekannt gebliebenen. Eine erneute Anklage wegen des Antragdelikts ist daher aus denselben Gründen unstatthaft, wie wenn es sich um einen Einzelakt eines Gesamtdelikts handelte, der sich nach Rechtskraft des Urteils herausstellt und damals zum Gegenstand der Urteilsfindung hätte gemacht werden müssen.

Ob ebenso zu entscheiden wäre im Falle der Idealkonkurrenz eines Offizialdelikts mit einem Antragdelikt, wenn wegen des letzteren kein Strafantrag gestellt und das erstere bereits rechtskräftig abgeurteilt worden war, ist ein Streit, der nicht in den Rahmen dieser Arbeit gehört[3]).

Das Reichsgericht begründet seine Ansicht im Falle der Idealkonkurrenz — und wieviel mehr gilt diese Ausführung für das sich als eine juristische Einheit darstellende Gesamtdelikt. — m. E. zutreffend auch im Wege der Interessenabwägung. Aus § 375 Abs. 3 StPO. gehe hervor, daß dem Gesetzgeber mehr daran lag, den Beschuldigten gegen nochmalige Strafverfolgung zu schützen,

---

[1]) Höpfner, Bd. II, S. 182.

[2]) vgl. auch S. 51 ff. oben.

[3]) Siehe dazu RG. 3, 384; Löwe S. 412, gegen Reiffel G.A. 42, S. 90/91; Kohlrausch Diss. S. 61; Geyer S. 841, Sauer, Grundlagen S. 271; Münchner Entwurf, S. 38: Es könne prozessual ein Klagrecht nicht verbraucht sein, das mangels einer Prozeßvoraussetzung noch gar nicht entstanden ist.

als darauf zu achten, daß einem Verletzten sein Recht verloren geht, die Verfolgung des Beschuldigten zu veranlassen [1]).

Der Vorschlag von Hahne [2]), der Richter möge sich Klarheit verschaffen, ob der Mangel behoben werden wird — d. h. ob der Antrag gestellt werden soll — und bis zur Klärung dieser Frage die Verhandlung vertagen, überschreitet m. A. die dem unparteiisch zwischen Angeklagtem und Anklagebehörde stehenden Richter in unserer StPO. gestatteten Befugnisse.

Im übrigen trifft den Strafantragsberechtigten diese Entscheidung nicht allzu hart. Es ist ihm wohl zuzumuten, sich bis zu der Zeit, da das Gericht sich mit dem Offizialdelikt befaßt, im klaren darüber zu sein, ob er von seinem Recht, ein Verfolgungshindernis durch Stellung des Strafantrags zu beseitigen, Gebrauch macht oder nicht. Damit würde noch nicht der Sinn der Antragsfrist illusorisch werden. Ebenfalls vom Gesichtspunkt, die Erledigung der Prozesse zu beschleunigen, den die Gerichte heute nach Möglichkeit beachten, und auf dessen Beachtung insbesondere die Laien dringen, kann vom Antragsberechtigten gefordert werden, alsbald Strafantrag zu stellen.

§ 17. Wenn bisher von rechtskräftigem Urteil die Rede war, so wurde immer an ein eine Verurteilung des Angeklagten aussprechendes Urteil gedacht.

Aendert sich etwas an den Ergebnissen, wenn statt auf Verurteilung auf Freisprechung erkannt war?

1. Es sei gestattet, noch einmal auf die oben angeführten zwei Fälle hinzuweisen. Dort kam das Reichsgericht, das die Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil verneinte, im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht zu einer Freisprechung.

Eine wichtige Frage ist: was geschieht hinsichtlich der nicht im Eröffnungsbeschluß erwähnten, aber strafbar begangenen Akte, die nach Ansicht des Reichsgerichts nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung im ersten Prozeß gemacht werden durften? Erstreckt sich die Freisprechung von der Begehung der im Eröffnungsbeschluß aufgezählten Einzelakte von selbst auf die übrigen strafbaren Einzelakte (Fall 1), bleiben die gewerbsmäßig begangenen Abtreibungshandlungen der Aburteilung des Strafrichters entzogen (Fall 2)?

Das Reichsgericht verneint. Wohl hätte eine Verurteilung wegen des Gesamtdelikts die Folge gehabt, daß mit Rücksicht

[1]) Dagegen Keller S. 328.
[2]) S. 126.

auf den Satz ne bis in idem eine erneute Strafverfolgung wegen diesen durch Verurteilung abgeurteilten Gesamtdelikts unzulässig wäre. Das auf Freisprechung lautende Urteil habe aber nicht eine so weitgehende Wirkung der Rechtskraft [1]).

Daß dieses Ergebnis des Reichsgerichts geboten ist, der Freigesprochene könne wegen der übrigen Einzelakte irgend wann noch einmal vor Gericht gezogen werden, ist einleuchtend. Sonst würde ja ein Verbrecher, der geschickt das Gericht zu täuschen verstünde, so daß Anklage erhoben wird wegen Einzeltaten eines von ihm wirklich begangenen Gesamtdelikts, die „frei erfunden“ [2]) sind, und wegen derer er nicht strafbar ist, oder denen das Moment der Kollektivmäßigkeit fehlt, straffrei ausgehen.

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, der Richter sei in stets gleicher Weise verpflichtet, den Prozeßgegenstand zu erschöpfen, wie bereits in Kapitel 2 dargelegt, so lautet das Ergebnis für das Problem der Identität der Tat im Verhältnis von Urteil und neuer Anklage, daß die Rechtskraft der Freisprechung beim Gesamtdelikt dieselbe Wirkung hat wie die der Verurteilung [3]).

M. E. unzureichend versucht Schwinge [4]) dieser Lehre entgegenzutreten.

Bei der erforderlichen Rücksichtnahme auf die Interessen des Staates sei es nur unter den Voraussetzungen möglich, den neu unter Anklage gestellten Vorgang zu ignorieren, wenn das Ersturteil ihn sachlich, seinem materiellen Unrechtsgehalt nach, schon in irgend einer Weise mit berücksichtigt hat. Sei das nicht der Fall, könne man ihn also nicht als mit erledigt bezeichnen, so dürfe man auch die Rechtskraftwirkung des Urteils nicht mit auf ihn erstrecken.

Schwinge verkennt dabei m. E., daß dem Erstrichter ja die beste Gelegenheit geboten war, den neu unter Anklage gestellten Vorgang mit zu berücksichtigen und daß die von ihm bekämpfte Lehre ja darauf dringen will, daß er berücksichtigt wird. Zu welchen Mißständen es in der Praxis führen würde, wenn beispielsweise ein Taschendieb, der nur einmal ertappt würde, durch die Verurteilung wegen dieses Einzelfalls der Strafe für ein langes Verbrecherleben entgehen könnte, ist ebenfalls kein durchgreifendes Argument. Oder würde Schwinge etwa, wenn der Taschendieb wegen fortgesetzten Diebstahls in 3 ihm nachweisbaren Fäl-

[1]) So JW. 1914 S. 893; JW. 1931, S. 216; RG. 54, 334.
[2]) Liu S. 13.
[3]) ebenso auch Oetker, Rechtsgutachten, S. 6; Ehrhardt S. 65 neben den schon Zitierten.
[4]) ZStW. 1932 S. 235.

len verurteilt worden wäre und sich später 20 weitere zu derselben Zeit begangene herausstellten, die Identität der Tat verneinen, „da durch die Verurteilung wegen der 3 Einzelfälle er der Strafe für ein langes Verbrecherleben entgehen könnte"? Daß das Erstgericht den vorhandenen Zusammenhang nicht festgestellt hat, weil zufällig die im Eröffnungsbeschluß genannten Einzelfälle nicht strafbar waren oder der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit entbehrten, darin liegt eben der Mangel.

„Denn der Sinn der §§ 155, 264 StPO. ist der, die Hindurchschleppung der Lebensangelegenheit in den Grenzen, in denen sie ein einheitliches Ganzes darstellt, zu vermeiden, und vielmehr diesen Prozeß für sie zu bestimmten, weil die Vollaufrollung zwar zunächst unwillkommen sein mag, sich schließlich aber für das Gericht wie für den Angeklagten prozeßökonomisch auswirkt, wobei es natürlich gleichgültig ist, ob das Verfahren in Verurteilung oder Freisprechung ausläuft"[1]).

§ 18. Es hat sich gezeigt, daß die Ergebnisse für das Rechtsgefühl manchmal nicht befriedigend waren; daß Taten ungesühnt bleiben mußten, obwohl eine nochmalige Bestrafung angebracht schien.

Es läßt sich nichts de lege lata daran ändern. Binding[2]) behauptet zwar, „eine mutige Praxis könnte der materiellen Gerechtigkeit einen großen Dienst leisten" durch die Einführung einer Nachklage. Das zweite Gericht, das über die unberücksichtigt gebliebenen Einzelakte entscheidet, dürfte dann sie aber nur als unselbständige Delikte behandeln und das Strafmaß unter Berücksichtigung der im ersten Urteil erkannten Strafe bilden. Binding gibt jedoch selbst zu, daß ein solches Nachtragserkenntnis der StPO. fremd ist. Es ist daher die Nichteinführung dieses Instituts durchaus verständlich.

Ein Vorbehalt des Gerichts, nicht abgeurteilte Einzelakte einem besonderen Verfahren zu überlassen, ist der StPO. ebenso unbekannt[3]).

Vorschläge, um die Mängel zu beseitigen, sind viel gemacht worden. Glaser[4]) will einen Unterschied machen zwischen wesentlichen und nebensächlichen Umständen und spricht von „Nebeneigenschaften des Umstandes", das Reichsgericht[5]) von wesent-

[1]) Beling JW. 1931 S. 217 .
[2]) Rechtsgang, Bd. II S. 29 u. Hdb. S. 634.
[3]) vgl. Doerr, S. 226/7. Schanze S. 471.
[4]) GS. Bd. 36, 122 u. Belegstelle 81.
[5]) RG. 9, 420; RG. 15, 136.

lichsten Elementen, Mannheim [1]) von wichtigsten Bestandteilen des Komplexes, Beling, Liu [2]) unterscheiden substantivische und adjektivische Bestandteile.

Mit so weit dehnbaren Begriffen ist der Praxis nicht gedient. Dann wäre der Vorschlag Bindings, de lege ferenda das Nachtragserkenntnis einzuführen, schon der bessere.

Die Meinung Schlosky's [3]), man könne wohl mit Recht davon ausgehen, daß das Gericht bei Abmessung der Strafe für das fortgesetzte oder Kollektivdelikt der Möglichkeit gerechnet hat, daß noch ein Mehr vorhanden sein kann, und auch eventuell dieses durch die verhängte Strafe mit hat abgelten wollen, ist sehr bedenklich. Es leuchtet hier die Ansicht durch, das Gericht möge nur eine höhere Strafe verhängen, dann seien die Einzelakte, die sich nicht feststellen ließen, vielleicht aber noch herausstellten, abgegolten.

Eine solche Art „Vergleich" geht im Strafprozeß nicht an. Es können nur tatsächlich ermittelte Umstände bei der Verurteilung in Betracht gezogen werden, nicht aber Umstände, die sich vielleicht später ergeben, vielleicht auch nicht ergeben [4]).

Ebenso wenig ist m. E. der Weg gangbar [5]) eine Anzahl Stichproben zu machen, die den Anfang, die Fortsetzung und den Schluß festlegen, und dann zu verurteilen wegen eines fortgesetzten Delikts, wobei die Mehrzahl der Fälle bei der Strafzumessung angemessen berücksichtigt werden, und res judicata auch für die nicht ausdrücklich festgestellten Fälle eintreten soll. Die Zusammenfassung der Einzelhandlungen zu einer Deliktseinheit befreit aber den Richter nicht von der Pflicht, die einzelnen Handlungselemente, die ihren Charakter als solche doch beibehalten, genau zu fixieren, um sie bei der Feststellung des Gesamtdelikts und der Strafbemessung zu berücksichtigen.

Ehrhardt [6]) schlägt vor, für das fortgesetzte Delikt, als abgeurteilte Tat nur alle die Akte anzusehen, die im Tenor oder in den Gründen des Urteils als abgeurteilte erkennbar sind, sei es auch nur, daß sie in die dort angegebene Zeitspanne fallen. Alle übrigen vor oder nach dieser Zeitspanne begangenen Einzelakte dürften nicht in das fortgesetzte Delikt einbezogen werden, da eine

[1]) ZStW. Bd. 49, S. 707.
[2]) S. 30.
[3]) S. 332.
[4]) Aehnlich Mannheim, JW. 1928 S. 3016 .
[5]) So Hippel, S. 535 für das fortgesetzte Delikt.
[6]) S. 66.

solche Konstruktion dem staatlichen Strafanspruch nicht gerecht würde [1]).

Eine solche zeitliche Begrenzung ist dem Strafrecht fremd, wie die §§ 73, 74 StGB. zeigen. Derartige willkürliche Durchbrechung der materiellrechtlichen Grundsätze würde zweifellos auch der ratio des ne bis in idem entgegenstehen. Denn ihr eigentümlich ist doch nun einmal der Verzicht des Staates auf eine völlige Verwirklichung seines Strafanspruchs. Das ergibt schon ein kurzer Hinweis auf die Geschichte des Satzes ne bis in idem. Während zur Zeit des Inquisitionsprozesses der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit in strengster Form galt — quod impunita esse maleficia non oporteat — hat sich allmählich durch den Einfluß des französischen Strafprozeßrechts eine gemäßigtere Rechtsauffassung durchgesetzt [2]).

Rumpf [3]) bringt de lege ferenda seine Meinung in Form eines präzisen Gesetzesvorschlags zum Ausdruck, indem er die Einteilung der Delikte in Uebertretungen, Vergehen, Verbrechen zu Hilfe nimmt. Er will danach das Wiederaufnahmeverfahren in Fällen für zulässig halten, in denen nach Rechtskraft des Urteils der Verdacht entsteht, daß das vom Verurteilten begangene Delikt einer schwereren Deliktskategorie (Verbrechen gegenüber Vergehen, Vergehen gegenüber Uebertretung) angehört, als es im ersten Prozeß gewürdigt worden ist.

---

[1]) Aehnlich Kohler G.A. 53 S. 162; Bennecke S. 713; v. Kries S. 599 für das Kollektivdelikt.

[2]) Einführung der Anklagejury; Uebernahme des Art. 360 Code d'Instruction Criminelle: Toute personne acquitté legalement ne pourra plus être reprise ni accusé à raison du même fait.

[3]) S. 363.

Viertes Kapitel.

Die Stellungnahme des Entwurfs.

Der amtliche Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz führt eine Gleichstellung der Ideal- und Realkonkurrenz im materiellen Recht herbei. Hieraus ergibt sich notwendig auch eine Aenderung der §§ 264 ff. StPO., die die Fälle, bei denen erst in der Hauptverhandlung konkurrierende Rechtsverletzungen hervortreten, verschiedenartig behandeln.

Die vom geltenden Recht scharf vorgenommene Trennung der Vorschriften der §§ 265, 266 StPO. fällt im Entwurf fort zu Gunsten der im § 265 StPO. getroffenen Regelung. Dagegen ist § 264 StPO. unverändert geblieben. Nach § 265 StPOE. darf eine Klageerweiterung schon dann vorgenommen werden, wenn der Angeklagte im Laufe der Verhandlung noch einer anderen „Rechtsverletzung" als derjenigen beschuldigt wird, wegen derer die Anklage gegen ihn erhoben ist.

Es geht aus dem Entwurf nicht hervor, daß die Beschuldigung von der Anklagebehörde ausgesprochen werden muß, obwohl es nach der Begründung des Entwurfs anzunehmen ist[1]). In diesem Fall hätte das Problem der Identität der Tat auch künftig seine Bedeutung beibehalten, als es keiner Beschuldigung bedürfte, solange die Identität der Tat gewahrt bliebe. v. Weber[2]) meint — m. E. unrichtig — es genüge, daß der Angeklagte irgend einer anderen Rechtsverletzung überhaupt nur beschuldigt wird, um das Recht und die Pflicht des Gerichts zur Aburteilung zu begründen; nicht notwendig brauche die Beschuldigung von der Staatsanwaltschaft auszugehen.

Bei Richtigkeit dieser Ansicht würde allerdings der Richter ein unbeschränktes Inquisitionsrecht hinsichtlich des gesamten kriminellen Lebens des Angeklagten unter Ausschaltung des maßgebenden Prozeßsubjekts des Staatsanwalts haben und das Problem der Identität der Tat jegliche Bedeutung verlieren.

Trotz der Einführung des § 265 StPOE. besteht daher die Bedeutung des Problems der Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt fort.

Auch für § 68 EStGB., der ein Nachtragserkenntnis auf eine Einheitsstrafe zuläßt, ist seine Bedeutung — „wegen anderer Tat" — erhalten geblieben.

---

[1]) ebenso Beling DJZ. 1929, S. 1166 ff.
[2]) GS. Bd. 100 S. 233.

Aus der Stellung des Entwurfs in den §§ 264 ff. geht m. E. hervor, daß man immer mehr dazu neigt, in einem Prozeß möglichst alles zu erschöpfen, den Begriff der Identität der Tat im Verhältnis von Eröffnungsbeschluß und Urteil recht weit auszulegen, den der Tat im Verhältnis von rechtskräftigem Urteil und neuer Anklage entsprechend eng zu fassen.

Auch schützt der Entwurf besonders den Angeklagten vor Ueberraschungen. § 266 Abs. 2 gestattet ihm, jederzeit auf seinen Antrag die Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung zu verlangen, falls diese infolge einer veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung seiner Verteidigung angemessen erscheint.

Es läßt sich also aus dem Entwurf herauslesen, daß der Gedanke, nichts ungesühnt zu lassen, stärker in den Hintergrund tritt als der Gedanke der Einmaligkeit der Staatsaktion, der Gedanke der Prozeßökonomie und der Gedanke des Rechtsfriedens.

Diese Gedanken, die nach Möglichkeit auch in der Arbeit Beachtung fanden, mögen die Richtigkeit der dargelegten Entscheidungen bestätigen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 26. Mai 1910 in Köpenick bei Berlin als Sohn des Lehrers und Predigers Sally Frank und seiner Ehefrau Selma geb. Mahler geboren. Von Ostern 1916 bis Ostern 1919 besuchte ich die Vorschule, von Ostern 1919 an das Realgymnasium der Körnerschule zu Berlin-Köpenick, die ich am 2. März 1928 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Vom Sommersemester 1928 ab studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaft und Nationalökonomie, und zwar fünf an der Universität Berlin und zwei an der Universität Freiburg im Breisgau. Am 22. Juni 1932 bestand ich vor dem Prüfungsamt beim Kammergericht die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 10. August 1932 zum Referendar ernannt. Seit dieser Zeit befinde ich mich im staatlichen Vorbereitungsdienst.